Schadensersatz bei arglistiger Verleitung zum Kauf.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Johannes Bruschwitz
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

In fester Rechtsprechung hat das Reichsgericht dem Begriff der Zusicherung von Eigenschaften einer Kaufsache im Sinne der §§ 459 ff. BGB. eine sehr enge Grenze gezogen. Unter diesen Begriff soll nämlich nur die „vertragsmäßige" Zusicherung fallen, genauer diejenige, die „vom Käufer als vertragsmäßige verlangt, vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wurde".[1]) Da das Gesetz durch die Bestimmung, daß der Verkäufer beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet (§ 463 Satz 1), der Zusicherung die Wirkung eines Garantieversprechens gibt, ist diese einschränkende Auslegung auch begründet. Wenn man nämlich alle anpreisenden Angaben, die der Verkäufer bei Gelegenheit des Kaufabschlusses macht, als eine Willenserklärung des Sinnes auffassen wollte, Verkäufer garantiere für die Richtigkeit seiner Angaben, so würde man, der Billigkeit widersprechend, dem Verkäufer eine überaus harte Haftung auferlegen, weil er dann bei Unrichtigkeit einer solchen anpreisenden Angabe ohne Rücksicht auf ein Verschulden auf das volle Erfüllungsinteresse haften müßte.[2])

Die vom Reichsgericht vertretene einschränkende Auslegung des Begriffs der Zusicherung hat nun aber auch die Folge, daß gegen den Verkäufer, der über den Kaufgegenstand in arglistig täuschender Weise falsche Angaben macht, ohne eine vertragsmäßige Zusicherung zu geben, nicht Wandelung, Minderung oder Schadensersatz nach § 463 Satz 1 geltend gemacht werden kann; denn zur Begründung der Gewährleistungsansprüche wegen Sachmangel ist eben — abgesehen von dem Fall arglistigen Verschweigens von Fehlern — das Vorliegen einer „Zusicherung", mithin nach der Ansicht des Reichsgerichts das Vorliegen einer vertragsmäßigen Zusicherung Voraussetzung.

---

[1]) Entsch. d RG. in Zivils. Bd. 54 S. 223.

[2]) Planck, Komm. z. BGB. Anm. 2 zu § 459 Abs. 2; Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1, 2 S. 990; Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. (bei Gruchot Bd. 43 S. 309); Schneider im Recht 1903 S. 522.

Nicht vertragsmäßige Angaben kommen aber bei Gelegenheit des Kaufabschlusses gar nicht selten vor. Sie werden bei formbedürftigen Rechtsgeschäften besonders häufig sein, z. B. bei Kaufverträgen über Grundstücke, weil es hier oft vorkommen wird, daß der Verkäufer den Käufer durch Angaben bestimmt, die in die Vertragsurkunde nicht aufgenommen werden. Nun schließt zwar in einem solchen Falle die Nichtaufnahme einer Abrede in die Vertragsurkunde nicht ohne weiteres ihre Natur als vertragsmäßige Zusicherung aus; wenn nämlich die formlos getroffenen Abreden nach dem Willen der Parteien neben dem Formvertrage als vertragsmäßige Zusicherungen fortbestehen sollen, so ist Nichtigkeit des Formvertrages wegen Unvollständigkeit anzunehmen und bei Beurteilung des Rechtsverhältnisses, sofern inzwischen die Auflassung stattgefunden hat, auf den zugrunde liegenden formlosen, aber durch die Auflassung geheilten Vertrag zurückzugehen, in welchem jene Zusicherungen mitenthalten sind. In den meisten derartigen Fällen wird es aber dem Käufer kaum möglich sein, den Beweis zu führen, daß die Parteien das Fortbestehen der Zusicherungen neben dem Formvertrage gewollt haben. Er wird also nur geltend machen können, daß er zum Kaufabschluß durch arglistig täuschende Angaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache verleitet sei.

Versagen nun in einem solchen Falle die Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel, so fragt es sich, ob nicht dem Käufer in anderer Weise die Möglichkeit gegeben ist, gegen den unredlichen Verkäufer einen Anspruch geltend zu machen. Zweifellos ist er ja berechtigt, den Vertrag anzufechten, weil er zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist (§ 123 Abs. 1, s. unten S. 36 f.). Aber in vielen Fällen wird eine Anfechtung ökonomisch nicht rätlich sein. Dann bleibt dem Käufer nur der Schadensersatzanspruch. Es fragt sich sowohl, wie er zu begründen ist, als auch, in welcher Höhe er dem durch arglistige Vorspiegelungen getäuschten Käufer zusteht.

§ 2.

Die Frage, wie ein solcher Anspruch zu begründen ist, ist bereits im älteren römischen Recht behandelt worden. Cicero berichtet folgenden Fall[3]:

> C. Canius, eques Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otiandi, ut ipse dicere

[3]) Cicero, De officiis III §§ 58—60.

solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod cum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promisisset, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratiosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque, quid eos facere vellet. Ad cenam tempori venit Canius; opipare a Pythio adparatum convivium, cumbarum ante oculos multitudo; pro se quisque, quod ceperat, adferebat, ante pedes Pythi pisces abiciebantur. Tum Canius: Quaeso, inquit, quid est hoc, Pythi? tantumne piscium? tantumne cumbarum? Et ille: ‚Quid mirum?‘ inquit,‚ hoc loco est, Syracusis quicquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt. Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet; gravate ille primo; quid multa? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos; Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos; venit ipse mature; scalmum nullum videt, quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. „Nullae, quod sciam“, inquit; „sed hic piscari nulli solent; itaque heri mirabar, quid accidisset“. Stomachari Canius; sed quid faceret? nondum enim C. Aquilius, . . . protulerat de dolo malo formulas“.

Der von Cicero erzählte Fall ist ein typisches Beispiel für eine Verleitung zum Vertragschluß durch arglistige Vorspiegelung. Es ist ganz unmöglich, hier mit Franz Leonhard[4]) das Vorliegen einer vertragsmäßigen Zusicherung anzunehmen; denn Pythius, der ja gesagt hat, die Villa sei ihm nicht feil, macht

---

[4]) Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden bei Vertragsschlusse, Göttingen 1896, S. 12. Wenn Leonhard zur Begründung seiner Ansicht ausführt: „Der Betrug betraf einen für den Käufer wesentlichen Punkt, und die Zusicherung des Verkäufers konnte in Verbindung mit der veranstalteten Komödie nur als ernst und geschäftswirksam aufgefaßt werden“, so ist nicht erklärt, weswegen eine Äußerung, die vor Beginn der Kaufverhandlungen vorgefallen ist, ein rechtsgeschäftliches Versprechen darstellen soll. Es ist auch die — übrigens an und für sich höchst unwahrscheinliche — Folgerung, man habe zu jener Zeit den Verkäufer aus betrüglich abgegebenen Versprechen noch nicht haften lassen, nicht gerechtfertigt.

die unwahre Bemerkung zu einer Zeit, als Canius noch gar nicht mit ihm über den Kauf verhandelt. Erst auf die Vorspiegelung hin faßt Canius den Entschuß, in Kaufverhandlungen einzutreten.

Aus Ciceros Bericht ergibt sich, daß zu seiner Zeit der fragliche Anspruch nur mit der actio doli, nicht mit einer anderen, insbesondere nicht mit der actio emti geltend gemacht werden konnte, daß er also als Anspruch aus unerlaubter Handlung aufgefaßt wurde. Das erscheint als das der Natur der Sache Entsprechende. Denn vertragliche Pflichten können erst mit dem Vertragschlusse entstehen. Die arglistige Täuschung aber, welche ihrerseits erst zum Vertragschlusse führt, kann nicht Verletzung einer kontraktlichen Pflicht sein, der Schadensersatzanspruch wegen dieser Täuschung mithin seinen Grund nicht in einem Vertragsverhältnis, sondern nur in einer unerlaubten Handlung finden. Da sich die arglistige Vorspiegelung als dolus charakterisiert (l. 1 § 2 D. IV, 3), ist die actio doli begründet.

Wenn Bechmann[5]) in einem solchen Falle die actio emti erwartet und in ihrer stillschweigenden Ablehnung eine merkwürdige Ausnahme erblicken zu müssen glaubt, so beruht das auf der irrtümlichen Auffassung, daß im bonae fidei iudicium, im älteren Recht nur der bei Eingehung des Geschäftes verübte dolus und erst später auch der die begründete Vertragspflicht verletzende dolus, der dolus in contractu, berücksichtigt worden sei. Gegen diese Auffassung hat Karlowa[6]) folgendes geltend gemacht:

> „Die Motive, welche den Abschluß eines Geschäftes hervorrufen, waren nach alter Auffassung überhaupt etwas ganz außerhalb des Rechtsgebietes Liegendes, der Kognition weder des iudex noch des arbiter Unterliegendes. Die erste Hilfe, welche dagegen gewährt wurde, war die vom Imperium der Magistrate ausgehende: die in integrum restitutio. Daß also die Entwickelung der bona fides ihren Ausgangspunkt gerade von der Richtung gegen den sogen. dolus causam dans genommen habe, muß in Abrede gestellt werden. Wohl aber hat innerhalb der zustande gekommenen Rechtsverhältnisse das Moment der subjektiven bona fides eine Rolle gespielt".

Die Ansicht Karlowas erscheint mir richtig.

Es ist das einmal aus der für die actio emti aufgestellten Prozeßformel zu folgern.

---

[5]) Der Kauf nach gemeinem Recht Bd. 1 S. 651 f.
[6]) Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2,1 S. 686.

Diese Formel, die zur Zeit Ciceros doch schon bestand,[7]) läßt sich nach Gaius (IV, 40 u. 47) in folgender Fassung zusammenstellen:

> „Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem (q. d. a.) vendidit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato (s. n. p. a)".

Es liegt nun nahe, daß man zuerst in den in der Intentio stehenden Worten „ob eam rem" einen Hinweis gesehen hat lediglich auf die kontraktlichen Verpflichtungen, welche aus dem Abschluß des in der demonstratio bezeichneten Kaufvertrages nach Treu und Glauben folgen würden. Ergibt sich die Wahrscheinlichkeit einer solchen Beschränkung auf kontraktliche Verpflichtungen schon aus dem Wesen der actio emti als Kontraktsklage, so kommt noch hinzu, daß das Verkehrsbedürfnis auf Berücksichtigung der bona fides sich zunächst wohl in dieser Richtung geltend gemacht haben wird.

Im alten Recht bedürfen besondere vertragsmäßige Zusicherungen durchweg der Stipulationsform, ja noch mehr, auch die selbstverständlichsten Vertragsmodalitäten werden nur berücksichtigt, wenn entsprechende Spezialverabredungen vorliegen. So war beim Kaufvertrag z. B. zur Begründung der Eviktionshaftung eine besondere Stipulation erforderlich. Wie engherzig man darauf Wert legte, daß jede einzelne Abrede ausdrücklich getroffen werden mußte, das zeigen als Beispiele der Verträge im älteren Recht die leges locationis des Cato.[8]) Gerade aus diesen Musterbeispielen für Verträge geht hervor, wie überaus schwerfällig der rechtsgeschäftliche Verkehr war und wie dringend hier eine Abhilfe erforderlich erscheinen mußte. Diese Abhilfe zu bringen war der Grund für die Berücksichtigung der bona fides in dem auf der Kontraktsklage beruhenden iudicium. „Denn der Hauptunterschied der späteren bonae fidei-Prozesse von den strengen Rechtssachen besteht darin, daß der Richter nicht auf wenige Tatsachen zu sehen hat, sondern auf viele, nicht bloß auf einzelne nach Maßgabe der Formel leicht aufzuzählende Punkte, sondern auf alle, die ihm für diesen Fall billig in Betracht zu kommen scheinen" (Bekker a. a. O.).

Demnach hatte der Umstand, daß die actio emti zu einem iudicium bonae fidei führte, zunächst nur die Bedeutung, daß

---

[7]) s. Cicero, De off. III § 66.

[8]) Bekker, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 3 S. 436, 437: „In auffälliger Weise wird vieles ausdrücklich bestimmt, wovon man annehmen möchte, daß es von selber sich habe verstehen müssen".

formlose Verabredungen berücksichtigt wurden, daß überhaupt berücksichtigt wurde, was sich nach Treu und Glauben, nach der Verkehrssitte als Inhalt der tatsächlich abgegebenen Erklärung herausstellte. Die Berücksichtigung der bona fides bei der Kontraktsklage hatte ganz dieselbe Bedeutung, die wir heutzutage den §§ 157 u. 242 BGB. beilegen. Sie bezog sich auf die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärung, aber nicht auf die Motive des Rechtsgeschäfts.

Den besten Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht gibt Cicero selbst. Es kann nicht bestritten werden, daß ihm die Beurteilung gewisser Vertragsverhältnisse, insbesondere des Kaufs nach den Grundsätzen der bona fides, etwas ganz Bekanntes war. Dennoch liegt ihm der Gedanke völlig fern, den durch arglistige Vorspiegelung begangenen dolus in contrahendo aus dem Gesichtspunkt, daß er gegen die dem Vertrage innewohnende bona fides verstoße, rechtlich zu berücksichtigen.[9] Vielmehr geht aus seinen Ausführungen ganz deutlich hervor, daß ein solcher dolus in contrahendo erst nach Einführung der actio doli rechtlich zu fassen war. Im Anschluß an die oben mitgeteilten Ausführungen sagt nämlich Cicero (de officiis III § 61):

> „Quodsi Aquiliana definitio vera est ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat, quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus".

Besonders wird am Schluß des § 61 darauf hingewiesen, daß hinfort — Cicero braucht das Futurum — nicht mehr solche Übervorteilungsversuche bei Eingehung eines Kaufes gemacht werden würden, wie sie bisher üblich waren. Der Fortschritt, der in dieser Beseitigung des „dolus in rebus contrahendis" liegt, wird auf die Tätigkeit des Aquilius zurückgeführt. Liegt sonach schon der Schluß nahe, daß das Mittel zur Beseitigung des dolus in contrahendo in der actio doli gesehen wird, so folgt dieses ganz

---

[9]) Es steht das nicht im Widerspruch zu den Ausführungen von Mitteis (Röm. PrivR. Bd. 1 1908 S. 317), daß der dolus schon in republikanischer Zeit als Gegensatz der bona fides erscheine. Stellt nämlich „die bona fides als die von Fall zu Fall aus dem sittlichen Bewußtsein zu ermittelnde Richtschnur das positive, leitende Prinzip" dar und erscheint der dolus als dessen „Negativabdruck", also als „jedes Verhalten, welches dem abstrakten Begriff von Treue und Redlichkeit widerspricht", so folgt daraus nur, daß zu jener Zeit der dolus im bestehenden Vertragsverhältnis berücksichtigt werden mußte. Denn nur dort war eine rechtliche Grundlage für das positive Erfordernis eines der bona fides entsprechenden Verhaltens gegeben. Außerhalb eines Vertragsverhältnisses, insbesondere also „in rebus contrahendis", war das nicht der Fall. Die Entwicklung beginnt hier mit der actio doli, also von der entgegengesetzten Seite, indem zunächst gegen den dolus reagiert und dadurch mittelbar ein diesem entgegengesetztes, d. h. ein der bona fides entsprechendes Verhalten gefordert wird.

sicher daraus, daß die zitierten Ausführungen Ciceros unmittelbar an den Fall des Canius angeschlossen werden, die jetzige Berücksichtigung des dolus in contrahendo also als Neuerung dem bisherigen Zustande gegenübergestellt wird, in dem gerade mangels einer actio doli eine solche Berücksichtigung des dolus in contrahendo nicht möglich war.

Die Worte:

> „atqui iste dolus malus et legibus erat vindicatus . . ., et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona" (Cicero a. a. O.)

stehen dem nicht entgegen. Denn diese Worte sagen nur, daß bei bonae fidei iudicia der dolus überhaupt berücksichtigt wurde, aber sie brauchen durchaus nicht auf den dolus in contrahendo bezogen zu werden. Wäre das letztere der Fall, so müßte im Fall des Canius die actio emti gegeben werden. Deren Unstatthaftigkeit kann sich nicht, wie Burchardi (Wiedereinsetzung S. 294) annimmt, aus einer stattgehabten Novation erklären. Es ist das von Bechmann selbst (Kauf Bd. 2, 1 S. 299 Anm. 3) dargetan worden, ergibt sich wohl auch daraus, daß Cicero seinen Betrachtungen über die Neuerung des Aquilius in den auf die Erzählung folgenden Paragraphen stets das Beispiel des Kaufvertrages zugrunde legt, also gerade beim Kaufvertrage die Wirkungen der Neuerung den früheren Verhältnissen bei Eingehung eines solchen Vertrages gegenüberstellen will.

Endlich wird die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht noch durch Cicero (de officiis III §§ 65 ff.) bewiesen. Hier sagt Cicero: „Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori" und berichtet (§ 66) von einem Falle, in welchem der ältere Cato entschied, daß ein Verkäufer, der dem Käufer einen Fehler des Kaufgrundstücks arglistig verschwiegen habe, dem Käufer auf Grund der actio emti hafte.

Cicero hebt diese Entscheidung als etwas Bemerkenswertes hervor. Das Besondere kann er aber unmöglich darin finden, daß Cato in einem bloßen Verschweigen einen dolus sieht. Denn daß die Römer zur Zeit Catos in einem arglistigen Verschweigen noch keinen dolus gesehen hätten, wie Franz Leonhard (Haftung des Verkäufers S. 10) annimmt, ist nicht zuzugeben; der Fall, bei dem die Frage praktisch wurde — der Verkäufer hat dem Käufer verschwiegen, daß das verkaufte Haus von den Auguren zum Abbruch bestimmt war (Cicero a. a. O. § 66) —, enthält einen sehr „handgreiflichen" dolus; das Besondere liegt vielmehr darin, daß ein solcher dolus in contrahendo überhaupt berücksichtigt

wurde. Wenn Bekker bezüglich dieses Falles[10]) hervorhebt, „daß die Formel auf quidquid sibi dare facere ex fide bona gerichtet war, und daß das Neue nicht sowohl in dieser Formulierung als in der darausfolgenden Kondemnierung wegen dolus gefunden wurde", so ist dagegen zu sagen: Daß überhaupt der dolus bei bonae fidei iudicia berücksichtigt wurde, würde jedenfalls dem Cicero nicht mehr als etwas Besonderes aufgefallen sein (vgl. Cicero § 61 und oben). Aber das, was an der Entscheidung des Cato das Besondere ist, das ist der Umstand, daß schon vor der Gewährung der actio doli ein dolus in contrahendo (nämlich das arglistige Verschweigen) verfolgt werden, und zwar mit der Kontraktsklage verfolgt werden kann.

Wenn nun eine solche Anwendung der Kontraktsklage als etwas Außergewöhnliches gilt und auf den Fall beschränkt bleibt, daß beim Verkauf eines Grundstücks ein arglistiges Verschweigen vorgefallen ist, so zeigt das, daß man nur zögernd über das ursprüngliche Anwendungsgebiet der Kontraktsklage hinausgegangen ist, und daß für die übrigen Fälle des dolus in contrahendo die gleiche Anwendung der Vertragsklage noch nicht bekannt ist, ein Ergebnis, das in völliger Übereinstimmung mit dem Bericht des Cicero über den Fall des Canius steht.

Für die abweichende Auffassung Bechmanns, im bonae fidei iudicium sei zuerst der dolus in contrahendo berücksichtigt worden, läßt sich auch nicht l. 7 § 3 D. 4, 3 anführen, etwa in dem Sinne, Labeo kenne zwar die auf der actio bonae fidei beruhende Berücksichtigung dolosen Verhaltens bei Eingehung des Vertrages, sei aber noch zweifelhaft, ob dolose Verletzung der begründeten Vertragspflicht, insbesondere also dolus bei der Erfüllung gleichfalls mit der actio bonae fidei verfolgt werden könne. Denn Labeo spricht seinen Zweifel besonders für den Fall aus, daß eine stipulatio und im Anschluß an sie eine cautio doli geschlossen sei. Da die cautio doli lautet: „dolum malum abesse et abfuturum esse", kann der Zweifel über die Anwendbarkeit der actio ex stipulatu unmöglich darin seinen Grund haben, daß der dolus erst nach dem Vertragsschluß die kontraktlich begründete Pflicht verletzt. Man wird demnach ebensowenig für den Fall der actio emti den Grund des Zweifels darin zu suchen haben, daß der dolus nicht bei Eingehung des Vertrages gespielt hat. Was dann aber der wirkliche Grund für den Zweifel Labeos gewesen ist, interessiert für die vorliegende Frage nicht.

Daß die bona fides bei der Vertragsklage ursprünglich nicht zur Berücksichtigung der Motive des Rechtsgeschäfts führte, nimmt

---

[10]) Die Aktionen des röm. PrivR. Bd. 1 S. 164.

auch Pernice[11]) an, und Bechmann gibt an einem anderen Orte (Bd. 2 S. 301 Anm. 1) zu, daß zwischen den beiden Richtungen des dolus — Verleitung zum Vertrage durch betrügliche Vorspiegelung bezw. durch doloses Verschweigen — geschichtlich ein Gegensatz bestand.

Im älteren römischen Recht konnte also der Schadensersatzanspruch des durch arglistige Vorspiegelung getäuschten Käufers nicht mit der actio emti geltend gemacht werden. Er begründete nur die actio doli. Denn er wurde als ein der vertraglichen Grundlage entbehrender Schadensersatzanspruch ex delicto erkannt.

Die Bemessung der Höhe des Anspruchs mußte in Ermangelung jeder besonderen Bestimmung nach den allgemeinen Grundsätzen der actio doli erfolgen. Zu welchem Ergebnis die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Interessehaftung auf den vorliegenden Fall führt, das soll bei Behandlung des späteren römischen und des heutigen Rechts dargestellt werden.

§ 3.

Dagegen läßt sich für das spätere römische Recht nicht sagen, daß der durch arglistige Vorspiegelung zum Abschlusse eines Kaufvertrages Verleitete auf die actio doli beschränkt gewesen sei, vielmehr ist ihm hier die Kontraktsklage gegeben.

Gegen eine solche Gewährung der Kontraktsklage spricht freilich ein Ausspruch Ulpians l. 37 D. IV, 3:

> „Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum, quasi neque dictum neque promissum est. Si vero decipiendi emtoris causa dictum est, aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio sed de dolo actio.“

Gestützt auf diese Stelle will Pernice[12]) annehmen, daß man auch im späteren Recht die actio emti wohl bei dolosem Verschweigen vorhandener Mängel, nicht aber bei betrüglicher Vorspiegelung von Eigenschaften gegeben habe. Die entgegengesetzte Ansicht begründet namentlich Bechmann,[13]) und es ist ihm darin beizustimmen, daß mehrere Quellenstellen mit der Behauptung Pernices sich nicht vereinigen lassen, am wenigsten wohl die — gleichfalls von Ulpian herrührende — l. 93 § 4 D. 19, 1:

> „Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, emti eum

---

[11]) Labeo 2. Aufl. S. 176, 177 u. 195.
[12]) Labeo 2. Aufl. S. 177, insbes. Anm. 3.
[13]) Kauf Bd. 2 S. 301 Anm. 1.

iudicio teneri, ut praestaret emtori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus“.

Es erscheint unmöglich, hier von unterlassener Anzeige zu reden, und die Hervorhebung des dolus deutet auch darauf hin, daß keine Haftung wegen vertragsmäßiger Zusicherung angenommen wird, sondern daß es sich um betrügerische Vorspiegelung handelt. Man wird demnach, da andrerseits die Versuche Bechmanns[14]) und Zieglers,[15]) die l. 37 D. 4, 3 mit der in Frage stehenden Anwendung der Kontraktsklage in Einklang zu bringen, nicht befriedigen dürften, wohl diese Stelle als eine Anomalie — vielleicht als einen Nachklang des früheren Rechts — auffassen und annehmen müssen, daß auch im Falle der Verleitung zum Vertragschluß durch arglistige Vorspiegelung schon im klassischen römischen Recht die actio emti gegeben worden ist.

§ 4.

Diese Gewährung der actio emti scheint darauf hinzudeuten, daß man in dem dolus in contrahendo die Verletzung einer Vertragspflicht gesehen hat.

Es ist hier aber zu beachten, daß die römischen Juristen in freier Weise die aus dem Vertrag resultierende actio, also z. B. die actio emti zur Geltendmachung von Ansprüchen verwendet haben, die mit dem Vertragsschluß nur äußerlich zusammenhängen (s. unten S. 17). Es ist also denkbar, daß die actio emti nur die actio doli vertritt, d. h. daß an sich die actio doli begründet wäre und der fragliche Anspruch nur aus Zweckmäßigkeitsgründen mit der Vertragsklage geltend gemacht wird.

Ob das eine oder das andere zutrifft, ist deswegen wichtig, weil es für die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruches von grundlegender Bedeutung sein wird, ob der Anspruch seinem Wesen nach kontraktlicher oder außerkontraktlicher Natur ist.

In dem dolus in contrahendo könnte man die Verletzung einer Kontraktspflicht nur dann sehen, wenn man annimmt, der Vertragschluß verpflichte zu einem Einstehen für dolus bei Eingehung des Vertrages. Es ließe sich das etwa in der Weise erklären, daß man in dem Vertragschluß die stillschweigende Übernahme der Garantiepflicht dafür zu finden habe, bei Eingehung des Vertrages sei kein dolus vorgekommen.[16])

---

[14]) a. a. O. Bd. 2 S. 300.

[15]) v. Ziegler, Betrug beim Vertragschluß, München 1870, S. 35 Anm. 63.

[16]) Über eine ähnliche Konstruktion einer Haftung wegen culpa in contrahendo s. unten S. 16.

Für das römische Recht würde eine solche Auffassung vielleicht noch durch den Umstand unterstützt werden, daß die bei negotio stricti iuris zur Anwendung kommende Formel „dolum malum abesse afuturumque esse“ [17]) mit dem Worte „abesse“ zu einem vertraglichen Einstehen für dolus in contrahendo verpflichte und daher der Gedanke naheliege, bei den bonae fidei negotia eine gleiche kontraktliche Verpflichtung ohne ausdrückliche Hervorhebung anzunehmen.[18]) Eine solche Annahme wäre aber m. E. unrichtig.

Bei der stipulatio mit cautio doli ist tatsächlich eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Sinnes abgegeben worden, der Promittent wolle für dolus in contrahendo einstehen. Das gleiche ist aber bei den bonae fidei-Kontrakten nicht der Fall. Auch eine stillschweigende Erklärung dieses Sinnes ist nicht anzunehmen. Denn man kann dem Betrüger nicht den rechtsgeschäftlichen Willen unterstellen, er wolle für seinen Betrug Schadensersatz leisten. Das wäre leere Fiktion. Er will nichts weniger als das. Vielmehr legt die Rechtsordnung ihm sehr gegen seinen Willen die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung auf.

Gewiß verlangen Treu und Glauben, daß man beim Vertragschlusse redlich handelt. Da aber bis zum Zeitpunkt des Vertragabschlusses lediglich eine tatsächliche, keine rechtsgeschäftliche Verbindung zwischen den Parteien besteht, so kann eine Verpflichtung zu einem Treu und Glauben entsprechenden Verhalten unmöglich die Folge einer rechtsgeschäftlichen Verbindung, nämlich des Abschlusses eines bonae fidei-Kontraktes sein; vielmehr ist diese Rechtspflicht nichts anderes wie die allgemeine, ohne Rücksicht auf einen Kontrakt bestehende Pflicht, keine arglistige Täuschung zu begehen. Ihre Verletzung ist außerkontraktliche Rechtsverletzung.

Schon jetzt also wäre die Frage, ob die zur Behandlung stehende Anwendung der actio emti auf der Auffassung beruhen könne, daß der dolus in contrahendo eine Vertragspflicht verletze, zu verneinen.

Indes bleibt noch etwas zu berücksichtigen. Die Frage, auf welchem Rechtsgrunde die Haftung der Kontrahenten für ihr Handeln vor und bei dem Vertragschlusse ruht, ist bei einem andern Falle, nämlich bei der sogen. „culpa in contrahendo“ Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Untersuchung gewesen. Es besteht hier natürlich nicht die Aufgabe, positiv einen Rechtsgrund für die Haftung wegen culpa in contrahendo oder

---

[17]) l. 38 § 13 D. 45, 1.

[18]) Brinz, Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 292 Anm. **.

besser für die Haftung wegen Schadensersatzes bei nichtigen Verträgen festzustellen. Es kann sich vielmehr hier lediglich darum handeln, zu untersuchen, ob diese Haftung wegen culpa in contrahendo auf dem Vertrage beruht oder nicht, denn wenn das erstere anzunehmen wäre, so würde der Schluß berechtigt sein: wenn culpa in contrahendo sich als Vertragsverletzung charakterisiert, dann liegt bei dolus in contrahendo ganz sicher Verletzung einer Kontraktspflicht vor.

Daß der Schadensersatzanspruch wegen culpa in contrahendo sich als Verletzung einer kontraktlichen Verpflichtung darstellt, hat namentlich Jhering[19]) und, ihm vorangehend, Richelmann[20]) behauptet.

Die Richtigkeit der Jheringschen Theorie kommt nur insofern in Frage, als in ihr der Satz enthalten ist: Der Vertragschluß erzeugt — rückwirkend — schon für die Zeit der Eingehung (in rebus contrahendis) vertragliche Verpflichtungen, deren Verletzung durch culpa oder durch dolus sich als kontraktliche Verschuldung charakterisiert.

Dementsprechend scheidet aus der Betrachtung zunächst alles das aus, was gegen Jherings Ansicht aus dem Umstande herzuleiten ist, daß der Vertrag nichtig ist. Denn eine Widerlegung der Ansicht Jherings aus diesem Grunde wird nicht zugleich den soeben formulierten Satz widerlegen, deswegen nicht, weil der durch dolus hervorgerufene Vertrag auch nach reinem römischen Recht an sich gültig ist.[21])

Es würde ferner zur Widerlegung des in Frage stehenden Satzes nichts gewonnen sein durch Gründe, welche die Jheringsche Theorie deswegen bekämpfen, weil der culpa-Begriff zu weit ausgedehnt wird. Denn in obigem Satz ist ja das Vorhandensein von dolus oder culpa als gegeben angenommen.

Die Beurteilung beschränkt sich also auf die Widerlegung der Gründe, welche Jhering dafür anführt, daß dolus oder culpa in contrahendo ihrem Wesen nach kontraktliches Verschulden darstellten.

Vorweg sei aber bemerkt, daß Jhering, obwohl er ausdrücklich sagt: „der Anspruch auf Schadensersatz stützt sich auf eine kontraktliche Verbindlichkeit",[22]) doch vielleicht diese Ansicht nicht so sicher vertreten hat. Denn er sagt an anderem Orte von einem kulposen Schreibfehler, der in außerkontraktlichen Verhält-

---

[19]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 1 ff., culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen.
[20]) Richelmann, Irrtum S. 130 ff.
[21]) s. unten S. 19 Anm. 45.
[22]) S. 29 a. a. O.

nissen nicht, wohl aber in kontraktlichen zum Schadensersatz verpflichten würde:

> „Soll derselbe bei einem entstehenden Vertragsverhältnisse dieselbe Wirkung äußern, so heißt das nichts anderes als: wir unterstellen ihn den Grundsätzen von der kontraktlichen Haftung".[23])

Der Ausdruck „unterstellen" scheint hier anzudeuten, daß Jhering nur meint, aus Billigkeitsrücksichten würde im Wege der Fiktion die culpa in contrahendo der kontraktlichen culpa gleichgestellt. Eine solche Auffassung würde aber hier nicht zu bekämpfen sein, da sie nicht den Gedanken enthalte, die culpa in contrahendo (und entsprechend der dolus in contrahendo) sei wirklich Verletzung einer Vertragspflicht.

Indessen wird man aus dem Worte „unterstellen" im Hinblick auf die andern Ausführungen Jherings nicht diesen Schluß ziehen dürfen. Muß man aber annehmen, daß Jhering wirklich behauptet, culpa und somit auch dolus in contrahendo sei dem Wesen nach kontraktliche Verschuldung, so ist diese Behauptung von ihm nicht ausreichend begründet. Denn die Jheringsche Begründung läuft auf folgende Punkte hinaus:

1. Die culpa in contrahendo sei ihrem Wesen nach der kontraktlichen culpa ähnlich; denn es ließen sich für alle Fälle dieser culpa „analoge Entscheidungen unserer Quellen beibringen, alle nur in Beziehung auf Kontraktsverhältnisse;[24])
2. das Rechtsbewußtsein verlange Anerkennung des Schadensersatzanspruches wegen culpa in contrahendo. Der Anspruch würde aber unkonstruierbar sein, wenn man ihn nicht als Verletzung kontraktlicher Pflichten auffasse;[25])
3. die römischen Juristen hätten die Natur der culpa in contrahendo und insbesondere des dolus in contrahendo als Verletzung einer kontraktlichen Pflicht anerkannt, indem sie zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches die Vertragsklage gegeben hätten.[26])

Zur Widerlegung dieser Gründe sei bemerkt:

Zu 1. So sehr die einzelnen Fälle der culpa in contrahendo äußerlich Ähnlichkeit haben mögen mit Fällen kontraktlicher Verschuldung, so darf das doch niemals über den inneren Gegensatz hinwegtäuschen, daß nämlich die culpa in contrahendo stets unter Umständen begangen wird, in denen keine rechtsgeschäftliche Bindung

---

[23]) S. 28.
[24]) Jhering a. a. O. S. 27.
[25]) a. a. O. S. 25, 26.
[26]) a. a. O. S. 26, 27.

zwischen den Parteien besteht, während die kontraktliche culpa gerade eine solche durch Rechtsgeschäft entstandene Bindung voraussetzt. Ihrem Wesen nach ist also die culpa in contrahendo der kontraktlichen Verschuldung nicht gleichzustellen.

Zu 2. Es mag zugegeben werden, daß ein Schadensersatzanspruch wegen der sogen. culpa in contrahendo vom heutigen Rechtsbewußtsein gefordert wird. Aber damit ist nicht erwiesen, daß das Rechtsbewußtsein zur Zeit des klassischen römischen Rechtes dasselbe erforderte. Und wäre das selbst der Fall, so könnte man doch nicht aus der Tatsache, daß der fragliche Anspruch sich nach den Quellen außerkontraktlich nicht konstruieren läßt, ohne weiteres den Schluß ziehen, der Anspruch sei Verletzung einer Kontraktspflicht, namentlich dann nicht, wenn der von Jhering zur Unterstützung dieser Ansicht angeführte oben gut widerlegte Grund wegfällt.

Vielmehr läßt sich dafür, daß der fragliche Anspruch im klassischen römischen Recht tatsächlich unkonstruierbar ist, d. h. daß er sich seinem Wesen nach nicht an quellenmäßig anerkannte Ansprüche anlehnen läßt, als Beweis der Umstand anführen, daß später, als im gemeinen Recht der Anspruch berücksichtigt werden sollte, eine große Anzahl durchweg unbefriedigender Konstruktionsversuche gemacht worden ist.[27]) Die hierbei zuerst von Goldschmidt[28]) aufgestellte, dann von Windscheid[29]) angenommene Ansicht, der Anspruch beruhe einfach auf der den Verkehr beherrschenden bona fides, deutet m. E. darauf hin, daß es sich hier um einen neuen, im reinen römischen Recht nicht vorhandenen Anspruch handelt, um ein neu auftauchendes, durch den regeren rechtsgeschäftlichen Verkehr verursachtes Verkehrsbedürfnis.[30]) Wollte die gemeinrechtliche Wissenschaft diesem Bedürfnis gerecht werden, so konnte sie das nur, indem sie in den römischen Quellen eine Unterlage für den fraglichen Anspruch nachwies. Daß zahlreiche und vielartige Versuche hierbei kein einwandfreies Resultat ergeben haben, ist ein Beweis dafür, daß dem reinen römischen Recht ein derartiger Anspruch nicht bekannt war.

---

[27]) Man denke nur an den Versuch Scheurls (Jahrb. Bd. 2 S. 249 ff.) und Mommsens (Haftung der Kontrahenten S. 79) mit Mandatsbestimmungen, an den Regelsbergers (Zivilrechtliche Erörterungen Heft 1 S. 33) durch Annahme eines Garantievertrages, an den Köppens durch die Auffassung, Konsens sei kein Requisit für den Abschluß des Vertrages (Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 282 Anm. 288), an den Dernburgs (Pand. Bd. 2 § 10, 3 S. 27, 28 Anm. 10), durch gewaltsame Ausdehnung des Begriffs der aquilischen culpa den Schadensersatzanspruch bei nichtigen Verträgen zu konstruieren.

[28]) Zeitschr. f. HR. Bd. 13 S. 335.

[29]) Pand. Bd. 2 Anm. 5 zu § 307 9. Aufl. S. 251.

[30]) Lilie, Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Erlangen 1898, S. 26.

Der oben zu 2. angeführte Grund Jherings führt also dazu, für das reine römische Recht die Unkonstruierbarkeit, nicht aber die kontraktliche Natur des Anspruches wegen culpa in contrahendo anzuerkennen.

Zu 3. Ist aber festgestellt, daß das Wesen der culpa in contrahendo nicht in der Verletzung einer Vertragspflicht besteht, so ist gegenüber dem zu 3. angeführten Grunde zu betonen:

Sollte, wie Jhering annimmt, für die Ausdehnung der actio emti auf die Fälle des dolus in contrahendo der Gedanke bestimmend gewesen sein, in gleicher Weise einen Schadensersatzanspruch wegen culpa in contrahendo anzuerkennen — zu entscheiden ist diese Frage hier nicht —, so würde das nicht zu der Annahme führen, die römischen Juristen hätten hier materiell Verletzung einer Kontraktspflicht angenommen; denn eine Kontraktspflicht, welche verletzt wäre, besteht nun einmal nicht. Vielmehr würde die Ausdehnung der Kontraktsklage nur in folgender Weise zu erklären sein: Die römische Jurisprudenz, die das Bedürfnis nach einem Schadensersatzanspruche wegen culpa in contrahendo auch schon erkannt hat, hat einen solchen Anspruch gegeben, indem sie künstlich die actio emti auf Fälle anwendete, die ihrem Wesen nach nicht unter sie fielen, sie hat also die actio emti gegeben, nicht weil ein kontraktliches Verschulden, sondern obwohl kein solches vorlag.[31])

Daß solche Ausdehnung des Anwendungsgebietes der Kontraktsklage aus praktischen Gründen etwas den römischen Juristen Geläufiges war, hat Friedrich Mommsen[31a]) dargetan und wird unten noch näher zu behandeln sein. Jedenfalls wäre eine derartige Ausdehnung der actio emti ein interessantes Beispiel dafür, wie die römische Rechtswissenschaft zur Kaiserzeit die rechtsschöpfende Tätigkeit, wie sie früher der Prätor ausübte, fortgesetzt hat.

Es mag hier dahingestellt bleiben, inwieweit der von Jhering angeführte Grund die römischen Juristen zu der in Frage stehenden Anwendung der Kontraktsklage veranlaßt hat, es lassen sich, wie unten gleichfalls im Anschluß an Mommsen zu zeigen sein wird, auch noch andre Gründe für diese Ausdehnung finden. Als festgestellt aber ist zu betrachten, daß die von Jhering angeführten Gründe nicht geeignet sind, die oben vertretene Auffassung, dolus in contrahendo sei seinem Wesen nach nicht kontraktliche Verschuldung, zu erschüttern.

---

[31]) vgl. Melliger, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen S. 139.

[31a]) Mommsen, Haftung der Kontrahenten S. 6ff., Erörterungen aus dem Obligationenrecht Bd. 2.

Von den sonstigen Theorien über die Begründung eines Schadensersatzanspruches bei nichtigen Verträgen käme als solche, die gleichfalls schuldhaftes Handeln vor Vertragabschluß als Verletzung einer Vertragspflicht auffaßt, namentlich die Theorie des stillschweigenden Garantievertrages in Frage. Sie ist von ihren Vertretern zum Teil selbst wieder aufgegeben. Ihre Unbrauchbarkeit für die Konstruktion einer durch den dolus in contrahendo verletzten Vertragspflicht ist bereits oben dargelegt. Zur Ergänzung sei noch die Widerlegung derselben bei Mellinger[32]) angeführt:

> „Aber die Regel wird sein und bleiben, daß der erforderliche Parteiwille trotz aller Künsteleien nicht zu entdecken ist. Gewiß müßte man sich auch hier mit einer stillschweigenden Willenserklärung begnügen; aber letztere mag definiert werden wie sie will, so weit darf man sicher nicht gehen, daß man alles das als stillschweigenden Willen und stillschweigende Willenserklärung bezeichnet, was Treu und Glauben verlangen".

Daß die Mandatstheorie Scheurls und Mommsens[33]) nicht bei dolus in contrahendo anwendbar ist, dürfte nicht bestritten werden, führt doch Mommsen selbst die Haftung wegen dolus in contrahendo auf die actio doli zurück.

Was aber die Köppensche Theorie[34]) anbetrifft, so unterscheidet sie sich von der Jherings nur bezüglich der Erklärung, wie ein nichtiger Vertrag überhaupt Wirkungen erzeugen, nicht aber darin, wie Verletzung von Vertragspflichten schon vor dem Vertrage begründet werden könne. Gerade auf das letztere aber kommt es hier allein an.

Wenn Bechmann[35]) die Haftung für culpa in contrahendo auf „die dem Kaufvertrag immanente bona fides" stützt, so ist auch hier nicht erklärt, weswegen die bona fides schon vor dem Vertragsabschluß kontraktliche Verpflichtungen begründen soll.

Also wird die bei der Behandlung der Frage, ob culpa in contrahendo Schadensersatzansprüche erzeuge, aufgestellte Behauptung, diese culpa sei Verletzung einer Vertragspflicht, nirgends erwiesen. Es läßt sich daher aus ihr auch nicht schließen, auch der dolus in contrahendo sei Verletzung einer solchen Pflicht. Demnach ist an dem oben gewonnenen Ergebnis festzuhalten, daß die Anwendung der actio emti zur Geltendmachung des Schadens-

---

[32]) S. 113 a. a. O.

[33]) vgl. die Anm. 27.

[34]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 288 (Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden).

[35]) Kauf Bd. 2 S. 433f.

ersatzanspruches wegen dolus in contrahendo nicht darauf beruhen kann, daß dieser dolus eine vertraglich begründete Pflicht verletze.

Vielmehr müssen äußere praktische Gründe diese Anwendung der actio emti rechtfertigen. Nun war eine Ausdehnung der Kontraktsklage auf nichtkontraktliche Verpflichtungen im römischen Recht leicht möglich.

Das folgt aus der schon oben zitierten Prozeßformel:

> Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo agerio condemnato.

Die römischen Juristen brauchten in dieser Formel den Worten „ob eam rem" nur den weiteren Sinn „bei jener Gelegenheit, wegen jener Sache[36]) zu geben. Dann bezog sich das quidquid dare facere oportere nicht bloß wie im alten Recht darauf, daß der Schuldner gehalten sei, die vertraglich übernommenen Verpflichtungen nicht wider Treu und Glauben zu verletzen, insbesondere seine Verpflichtungen nach Maßgabe der bona fides zu erfüllen. Vielmehr ließ sich dann unter diese Formel jeder Anspruch bringen, der mit jenem Kaufkontrakt in Zusammenhang stand und nach Treu und Glauben eine Leistungspflicht begründete,[37]) insbesondere also auch der Anspruch auf Schadensersatz dafür, daß der Käufer zur Eingehung des Vertrages durch dolose Vorspiegelung verleitet worden sei.

Eine solche Ausdehnung des Anwendungsgebietes der Kontraktsklage war auch üblich. Das folgt aus den von Mommsen zitierten Stellen[38]):

> l. 11 § 6 D. 19, 1; l. 4 pr. D. 18, 3; l. 16 D. 18, 2; l. 2 D. 12, 7.

Für die hier in Frage stehende Anwendung der Kontraktsklage können folgende praktische Gründe bestimmend gewesen sein:

a) Die Römer wollten die Anwendung der actio doli wegen ihrer infamierenden Natur möglichst beschränken;
b) sie wollten die Gefahr verringern, daß der Kläger wegen Anstellung einer falschen actio, also aus rein formalen Gründen, abgewiesen werden mußte. Daß für die Römer ein solcher Grund sehr wohl maßgebend gewesen sein

---

[36]) Hänel im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 12 S. 117: „Über das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli".

[37]) vgl. Mommsen, Haftung der Kontrahenten S. 12.

[38]) Mommsen, Haftung der Kontrahenten S. 6; vgl. Mommsen, Beitr. Bd. 1 S. 124 Anm. 7 und Haftung S. 186 Anm. 1.

kann, weist Mommsen[39]) überzeugend nach, insbesondere durch Hinweis auf die l. 1 D. 19, 3;

c) auch kann m. E. der wünschenswerte Ausschluß der bei der actio doli bestehenden Bestimmungen über Unvererblichkeit und kurze Verjährung wohl mitbestimmend gewirkt haben;[40])

d) schließlich könnte möglicherweise auch der Grund in Betracht kommen, daß man die an sich außerkontraktliche culpa in contrahendo künstlich den Grundsätzen der Vertragshaftung unterstellen wollte, nur muß gegenüber Jhering[41]) wohl beachtet werden, daß auch dann die culpa in contrahendo ihrem Wesen nach außerkontraktliche Verschuldung bleibt.

Ist nun festgestellt, einmal, daß zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen dolus in contrahendo die Kontraktsklage tatsächlich gegeben wird, sodann aber, daß diese Gewährung der Kontraktsklage nicht auf inneren Gründen beruht, d. h. nicht darauf, daß wirklich eine Kontraktspflicht verletzt wird, so bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß die Anwendung der actio emti aus einem der eben zu a bis d genannten praktischen Gründe geschieht.[42])

Zur Geltendmachung des fraglichen Anspruchs wird man also die actio emti als begründet ansehen, aber man wird mit Mommsen[43]) annehmen, „daß die actio emti hier nur die actio doli vertritt".

Daraus folgt, daß man auf die hier gewährte actio emti nicht ohne weiteres alle Grundsätze wird anwenden können, die bei der actio emti Anwendung finden, insoweit diese zur Geltendmachung der auf den Kaufvertrag gegründeten Ansprüche gebraucht wird.

Insbesondere wird daher bezüglich der Höhe des Anspruchs nicht etwa lediglich aus der festgestellten Gewährung der actio emti die Haftung auf das Erfüllungsinteresse zu folgern sein.

§ 5.

Vielmehr ist der Gegenstand des Anspruches, sofern nicht Sonderbestimmungen nachzuweisen sind, nach den allgemeinen

---

[39]) Haftung der Kontrahenten S. 11.
[40]) s. aber Mommsen, Haftung S. 9 Anm. 7.
[41]) s. oben S. 15 f.
[42]) Gegen die Ansicht Mommsens Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 433.
[43]) Mommsen, Haftung der Kontrahenten S. 153.

Grundsätzen über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung festzustellen, unabhängig davon, daß zu seiner Geltendmachung die actio emti gegeben wird.

Der Anspruch aus der unerlaubten Handlung, hier also aus der arglistigen Täuschung, geht auf das Interesse,[44]) d. h. also: der Betrogene kann so viel verlangen, quantum eius interfuerit, dolum malum non esse factum. Er kann demnach die Herstellung des Zustandes fordern, der bestehen würde, wenn die Täuschung nicht erfolgt wäre.

Infolge der Täuschung ist der Vertrag zustande gekommen, und zwar ein gültiger Vertrag.[45])

Wäre die Täuschung nicht vorgefallen, so wäre der Vertrag nicht zustande gekommen. Folglich kann der Getäuschte zunächst verlangen, daß diese Wirkung der Täuschung beseitigt wird: er kann Reszission des Vertrages verlangen.

Es ist das nicht für alle Fälle des dolus in contrahendo unbestritten.

Vielmehr machen eine große Anzahl von Schriftstellern hierbei einen Unterschied zwischen dem dolus causam dans und dem dolus incidens.

Nur der dolus causam dans, d. h. derjenige dolus, der dafür kausal gewesen ist, daß überhaupt eine Vertrag zustande kam, soll die Reszissionsklage zur Folge haben können.

Der dolus incidens, also derjenige, der nur eine einzelne Vertragsbestimmung veranlaßt hat, soll diese Wirkung nicht haben.

Diese Unterscheidung ist für das reine römische Recht abzulehnen. Zunächst ist die Terminologie: „dolus causam dans" und „dolus incidens" unrömisch. Es steht, wie Sprenger[46]) hervor-

---

[44]) Windscheid, Pand. Bd. 2 9. Aufl. S. 961 § 451; vgl. Mommsen, Beitr. Bd. 2 (Interesse) S. 3.

[45]) Daß trotz eines dolus in contrahendo der Vertrag selbst an sich gültig ist, läßt sich für das reine römische Recht nicht bestreiten. Für bonae fidei negotia haben allerdings ältere Schriftsteller, so namentlich Noodt (de forma emendandi doli mali . . . cap. III, opera omnia, Lugduni Batavorum MDCCXIII p. 485 ff.), und für Fälle des dolus causam dans auch Glück Bd. 4, 1 S. 122, 123 das Gegenteil aus den Quellen nachzuweisen versucht. Über die Widerlegung dieser Ansicht s. aber Burchardi, Wiedereinsetzung S. 323 ff.; Sintenis, Zivilrecht Bd. 1 § 22 Anm. 13. Der Grund dafür, daß der Vertrag gültig ist, liegt darin, daß ein rechtsgeschäftlicher Wille, wenn auch auf Grund eines durch den dolus hervorgerufenen Irrtums, im Motiv jedenfalls bestanden hat. Nach den Quellen ist auch Zession einer Forderung aus einem solchen Vertrag gültig (s. Burchardi a. a. O.). Als Belegstellen kommen namentlich l. 12, 19 D. 46, 2 und l. 11 § 5 D. 19, 1 in Betracht; über die Beseitigung der aus l. 7 D. IV, 3 entstehenden Schwierigkeit s. Burchardi a. a. O. S. 343 und Vangerow, Pand. Bd. 3 § 605 Anm. 1 II. In der neueren Literatur ist die Gültigkeit des Vertrages durchweg anerkannt; vgl. insbesondere Windscheid, Pand. Bd. 1 § 78 S. 404.

[46]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 (über dolus causam und dolus incidens S. 361).

hebt, fest, daß diese beiden Bezeichnungen von den Glossatoren herrühren.

Sodann ist der Quellenbeweis dafür, daß die Römer materiell schon diesen Unterschied gekannt hätten, nicht überzeugend. Die einzige Stelle, die hierfür beweisend erscheinen kann, die l. 7 pr. D. VI, 3 läßt sich, wie Sprenger[47]) dargetan hat, ebensogut dahin verstehen, daß sie nur das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen dolus und Vertrag betont, wenn aus dem dolus überhaupt den Vertrag berührende Ansprüche hergeleitet werden sollen.

Und man wird dieser Deutung den Vorzug geben deswegen, weil für die fragliche Unterscheidung ein innerer Grund fehlt. Ein Vertrag wird schon dadurch ein anderer, daß eine seiner Bestimmungen sich ändert. Ohne die Täuschung wäre der tatsächlich abgeschlossene Vertrag weder in den Fällen des dolus causam dans noch in denen des dolus incidens zustande gekommen. Inwieweit bei dem sogen. dolus incidens ohne die Täuschung ein anderer ähnlicher Vertrag abgeschlossen worden wäre, das hätte völlig von dem freien Willen der Beteiligten abgehangen; es ist sehr leicht möglich, es wird sogar in den meisten Fällen wahrscheinlich sein, daß ohne die Vorspiegelung über die fragliche Vertragsbestimmung, z. B. über den Preis, keine Einigung zustande gekommen und aus diesem Grunde der ganze Vertragschluß unterblieben wäre.

Demnach kann in allen Fällen eines dolus in contrahendo das Interesse des Betrogenen und damit der Schadensersatzanspruch auf Auflösung des Vertrages gerichtet werden.

Nur dann würde letztere nicht verlangt werden können, wenn der Betrogene gar kein Interesse daran hätte, wenn er z. B. die durch den Vertragschluß erlangte Gegenleistung auch so, wie sie tatsächlich ist, braucht und sie nirgends anders besser und billiger bekommen kann, auch sonst kein Interesse hat, die Leistung von einem anderen bewirken zu lassen. Denn dann würde er nicht geschädigt sein.

Wenn nun aber auch der Vertrag aufgelöst wird, wenn Leistung und Gegenleistung zurückgewährt werden, so braucht damit durchaus noch nicht der Zustand wiederhergestellt zu sein, der ohne die Täuschung bestehen würde.

Vielmehr kann der Getäuschte noch dadurch geschädigt sein, daß er auf das Bestehen des vermeintlichen günstigen Vertrages gerechnet hat, etwa in der Weise, daß er aus diesem Grunde den Abschluß eines anderen Vertrages abgelehnt hat, den er infolge

---

[47]) a. a. O. S. 366.

der Vorspiegelung für ungünstiger hielt als den abgeschlossenen, der ihm aber tatsächlich noch einen Vermögensvorteil gebracht haben würde. Den daraus entstehenden Schaden, das sogen. negative Vertragsinteresse, kann er noch neben der Reszission des Vertrages beanspruchen.

Daraus, daß der Betrogene in jedem Falle Auflösung des Vertrages fordern kann, folgt aber nicht, daß er, um Schadensersatzansprüche geltend machen zu können, Vertragsauflösung fordern muß. Er kann vielmehr, bei dem Vertrage stehen bleibend, die Leistung des Betrügers behalten und daneben noch Ersatz des trotzdem erlittenen Schadens fordern.[48]

Die letztere Möglichkeit bestreitet v. Ziegler[49]: „Der Käufer, welcher behauptet, er hätte, wenn ihm die wahre Sachlage bekannt gewesen wäre, überhaupt nicht gekauft (dolus causam dans), hat kein Recht, ohne weiteres die Sache zu behalten und Ersatz der Nachteile zu verlangen, welche er durch den Betrug erlitt".

Der Grund, der zu einer solchen Auffassung führt, ist naheliegend. Es liegt ihr der Gedanke zugrunde, daß der Käufer, welcher Schadensersatzansprüche deswegen geltend mache, weil er durch arglistige Täuschung zum Abschlusse eines ihm ungünstigen Vertrages verleitet worden sei, selbst seinem Rechte auf die vertragsmäßige Leistung des Betrügers die Grundlage entziehe. Denn er stelle den Vertragsschluß als eine der Folgen des Betruges hin, deren Beseitigung er verlangt.

Die Ansicht v. Zieglers ist von Bechmann als „ersichtlich falsch" bezeichnet worden.[50] Sie ist abzulehnen aus folgenden Gründen:

Der Getäuschte, welcher Schadensersatz fordert, macht damit nichts weiter geltend, als daß eine arglistige Täuschung vorliegt, welche für einen in seinem Vermögensbestande eingetretenen Verlust kausal gewesen ist. Er verlangt lediglich die Ausgleichung dieses Vermögensnachteils. Eine ganz untergeordnete Rolle spielt dabei der Umstand, daß die Täuschung gerade mittels eines Vertragsabschlusses die Schädigung herbeigeführt hat. Daraus, daß der Vertragsabschluß das Mittel gewesen ist, den Schaden herbeizuführen, folgt noch nicht, daß andererseits die Schadensbeseitigung gerade im Wege der Vertragsauflösung vorgenommen werden

---

[48]) In diesem Sinne Wächter, Württemb. PrivR. Bd 2 S. 757 § 105 Anm. 4; Schweppe, Röm. PrivR. Bd. 5 § 1000 S. 540; Seuffert, Pand. Bd. 2 § 261 Nr. 1; Arndts, Pand. § 237 Note f; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 605; Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 537; Mühlenbruch, Pand. § 337 Note 1 u. 2.

[49]) Betrug beim Vertragschluß S. 49.

[50]) Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 302 Anm. 1; gegen Ziegler auch Sprenger a. a. O. S. 381 Anm. 35.

muß. Vielmehr gibt die Rechtsordnung dem Getäuschten mehrere Wege, damit er je nach Lage des einzelnen Falles denjenigen gehe, der ihm am ehesten die Gewährung vollen Ersatzes für den rechtswidrig erlittenen Verlust zu bringen geeignet erscheint.

Die Zieglersche Theorie würde dahin führen, daß der Betrogene ganz allgemein die Vorteile, die ihm aus dem Betruge erwachsen sind, aufgeben müßte, wenn er Ansprüche wegen der ihm erwachsenden Nachteile erhebt. Es würde somit die compensatio lucri et damni, die doch, wenn Vorteil und Nachteil in innerem Zusammenhange stehen, allgemein anerkannt ist, für den vorliegenden Schadensersatzanspruch fallen gelassen werden müssen. Das würde aber eine Unbilligkeit gegenüber dem Geschädigten enthalten. Man kann sich doch sehr leicht den Fall denken, daß vom Betrüger wohl noch in Höhe der Differenz der infolge seines dolosen Verhaltens eingetretenen Nachteile und Vorteile Ersatz zu erlangen ist, während der ganze Schaden ohne Abrechnung der eingetretenen Vorteile eine Höhe erreicht, für die der Betrüger nicht mehr solvent ist. Würde man dann den Betrogenen verpflichten, die auf Grund eines durch den Betrug veranlaßten Umstandes, also hier des Vertrages, an ihn gekommenen Leistungen zurückzugewähren, so wäre er darauf verwiesen, sich aus den betreffenden Gegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen.

Daß das zur Realisierung seines Anspruches weit unzweckmäßiger ist, als wenn er die gemachten Leistungen behalten und auf seinen Anspruch anrechnen kann, liegt auf der Hand.

Aufgabe der Rechtsordnung aber muß es sein, zunächst einmal den Betrogenen so gut und so zweckmäßig wie möglich zu schützen, ehe sie auf „Rechte" des Betrügers aus dem Betruge Rücksicht nimmt.[51])

Das sonderbare Ergebnis v. Zieglers, welches er mit den Worten formuliert, daß

> „der Betrüger in jedem Falle, sowohl bei dolus causam dans wie bei dolus incidens, Auflösung des Vertrages verlangen kann, daß dagegen dem Betrogenen dieses Recht nur bei dolus causam dans und hier nur, insofern sein gegenwärtiges Interesse es erfordert, zusteht",[52])

dieses Ergebnis ist also abzulehnen.

---

[51]) Das Beispiel, welches v. Ziegler für den dolus incidens anführt, ist übrigens nach der von ihm bekämpften und hier vertretenen Auffassung falsch entschieden. Verhältnismäßige Preisminderung folgt aus dieser Ansicht nicht; s. unten S. 24.

[52]) S. 51.

Bleibt nun der Geschädigte bei dem Vertrage stehen und macht er außerdem einen Schadensersatzanspruch wegen der arglistigen Verleitung zum Vertrage geltend, so ist zur Feststellung des Gegenstandes und der Höhe dieses Anspruches erforderlich, denselben scharf von dem Erfüllungsanspruch aus dem abgeschlossenen Vertrage zu scheiden.

Auf Grund des Vertrages, bei dem der Getäuschte stehen bleibt, kann er Erfüllung desselben verlangen, natürlich nur des Vertrages, den er tatsächlich abgeschlossen hat, nicht etwa eines Vertrages, wie er ihn auf Grund der Täuschung abzuschließen glaubte. Denn ein solcher Vertrag ist nicht zustande gekommen. Dem Erfüllungsanspruch würde also die rechtsgeschäftliche Grundlage fehlen.

Was nun den Schadensersatzanspruch aus der unerlaubten Handlung anbetrifft, so setzt dieser einen Schaden voraus. Ist der abgeschlossene Vertrag erfüllt, so wird bei dem Betrogenen ein Schaden entstanden sein daraus, daß der Vertrag für sein Vermögen nachteilig ist, d. h. daß die Gegenleistung, die er empfangen hat, einen geringeren Wert darstellt als die Leistung, zu welcher der Vertrag ihn verpflichtet. Den Gegenstand des Schadensersatzanspruches bildet demnach die Differenz zwischen dem Werte der vom Betrogenen gemachten Leistung und dem geringeren Werte der Gegenleistung. Hierzu kommt event. weiterer durch den Vertragschluß entstandener Schaden, insbesondere entgangener Gewinn.

§ 6.

Unrichtig wäre es dagegen, als Gegenstand des Anspruches die Änderung der Vertragsbestimmungen zuzulassen, insbesondere die Minderung des Kaufpreises, wie es Friedrich Mommsen (Die Haftung der Kontrahenten S. 162—165) tut, allerdings bei einem Falle des dolus incidens, ein Unterschied, der aber — überhaupt wertlos[53]) — hier keine Bedeutung hat.

Die Ansicht Mommsens beruht auf dem Gedanken: wäre die Täuschung nicht erfolgt, so hätte der Käufer die Sache um einen entsprechend billigeren Preis gekauft. Nun kann man wohl schließen: Hätte der Betrug nicht stattgefunden, so wäre ein Vertrag, so wie er geschlossen worden ist, nicht zustande gekommen. Damit ist man aber mit jeder sicheren Schlußfolgerung am Ende. Wenn man nämlich jetzt weiter folgern wollte: dann wäre ein Kaufvertrag unter anderen Bestimmungen, etwa ein solcher zu

---

[53]) s. oben S. 19, 20.

einem geringeren Kaufpreise, zustande gekommen, so würde man stillschweigend eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Verkäufers voraussetzen, die er tatsächlich nicht abgegeben hat. Ob er, wenn er nicht betrogen hätte, eine solche rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben haben würde, entzieht sich der Beurteilung, da das völlig vom reinen Willen des Verkäufers abhängig gewesen wäre. Eine solche nur mögliche, aber nicht wahrscheinliche Willenserklärung darf man also der Berechnung der Höhe des Anspruches nicht zugrunde legen. Wenn Mommsen sagt:

> „Auch wenn der Preis, zu dessen Zusage der Käufer durch die betrügliche Täuschung von seiten des Verkäufers veranlaßt worden ist, den baren Wert der Sache nicht übersteigt, kann die Preisminderungsklage angestellt werden" (S. 163),

so zeigt das deutlich die Unrichtigkeit seiner Theorie. Ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung setzt stets einen Schaden voraus. Er kann also nicht geltend gemacht werden, wenn die unerlaubte Handlung zu einer Vermehrung des Vermögens geführt hat. Hat der Käufer in einem solchen Falle kein Interesse an der minderwertigen Sache, so bleibt ihm nur die Reszission. Schadensersatzansprüche hat er aber nicht.

Der Hinweis Mommsens auf die Berechnung bei der actio quanti minoris[54]) ist verfehlt; denn da bestehen Sondervorschriften, die aus allgemeinen Grundsätzen nicht folgen. Wie aber Mommsen selbst (a. a. O. § 4 S. 166) hervorhebt, will er in dem § 3 seiner Abhandlung, in welchem sich jener Hinweis auf die Minderung befindet, den Umfang des Schadensersatzanspruches gerade aus dem allgemeinen Grundsatze deduzieren, „daß der Käufer verlangen kann, in die Lage versetzt zu werden, in welcher er sich befunden haben würde, wenn er nicht bei Abschließung des Vertrages vom Verkäufer betrüglich getäuscht wäre".

Mommsens Schluß ist also unrichtig.

§ 7.

Eine andere Frage ist es nun aber, ob sich im römischen Recht nicht Bestimmungen finden, die auf eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende positive Regelung des Umfanges des fraglichen Schadensersatzanspruches schließen lassen. Eine Sonderbestimmung dieser Art hat Friedrich Mommsen[55]) aus l. 57 §§ 1, 2 D. 18, 1 nachgewiesen.[56]) Die Stelle lautet:

---

[54]) S. 165.

[55]) Haftung der Kontrahenten Bd. 2 S. 168.

[56]) vgl. Mommsen, Beitr. Bd. 1 S. 167, 198 Anm. 8. Die andern von Mommsen angeführten Stellen sind, wie er selbst zugibt, nicht für diese Be-

„§ 1. Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emtor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit. Si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emtori, quod interest, restituere.

§ 2. Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emtor quidem sciebat, venditor autem ignorabat, et hic enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est, solvi, vel si solutum sit, non repeti".

Mit Recht betont Mommsen, daß im § 2 dieser Stelle aus den Worten: „omne pretium ab emtore . . . solvi" zweifelsfrei hervorgeht, hier solle der Käufer auf das Erfüllungsinteresse haften. Nach den Übergangsworten „simili modo" soll die in § 1 getroffene Entscheidung derjenigen in § 2 entsprechen. Es kann also auch in dem dort entschiedenen Falle, in welchem die Haftung des Verkäufers behandelt wird, der arglistig einen Fehler der Kaufsache verschwiegen hat, nur Haftung auf das Erfüllungsinteresse statuiert sein. Dasselbe dürfte sich übrigens auch aus dem Wortlaut des § 1 ergeben, da die Worte „et stare venditionem et venditorem emtori, quod interest, restituere" deutlich auf Erfüllungshaftung hinweisen.

Aus diesem m. E. nicht angreifbaren Quellenbeweise Mommsens ist zu entnehmen, daß die Römer denjenigen, der einen andern arglistig zum Vertragschluß verleitet hat, in der Weise haben haften lassen, wie er haften würde, wenn der Vertrag so zustande gekommen wäre, wie der Getäuschte infolge der Täuschung annahm.

Zu beachten ist aber, daß es sich in dem behandelten Fall um arglistiges Verschweigen, nicht aber um eine arglistige Vorspiegelung handelt. Ob eine Ausdehnung der fraglichen Bestimmung auf den letzteren Fall möglich ist, wird davon abhängen, ob der Grund, welcher für die Begründung der Haftung auf Erfüllungsinteresse wegen arglistigen Verschweigens maßgebend ist, auch im Falle arglistiger Vorspiegelung Platz greifen würde.

Dieser Grund für die fragliche Ausnahmebestimmung ist m. E. nicht mit Ziegler[57]) in folgendem zu finden:

---

rechnung beweisend. Aber die Worte „quanti interfuit, idonee venisse" deuten doch zum mindesten auf die in § 3 (S. 162—165) von Mommsen vorgenommene Berechnung, würden also auch von den allgemeinen Grundsätzen abweichen. Den Ausführungen Mommsens (Beitr. Bd. 1 S. 167) folgt Ziegler, Betrug beim Vertragschluß S. 63.

[57]) a. a. O. S. 62.

„Die Gleichstellung des arglistigen Verschweigens eines Fehlers beim Kaufabschluß mit der Zusicherung einer Eigenschaft folge daraus, daß durch die Zusicherung sowohl wie durch das arglistige Verschweigen ein Irrtum im Käufer hervorgerufen werde“.

Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß bei der Zusicherung das die Erfüllungshaftung begründende Moment in der rechtsgeschäftlichen Übernahme der Verpflichtung, für ihre Richtigkeit einstehen zu wollen, zu finden ist. Wäre die Zusicherung nichts anderes wie eine Irrtumserregung, so würde sie bei dolus zur Haftung wegen unerlaubter Handlung führen, aber keine Haftung auf Vertragserfüllungsinteresse begründen. Gerade das Moment, durch das bei der Zusicherung die weitergehende Haftung begründet ist, ist also ein solches, welches beim arglistigen Verschweigen nicht vorliegt. Ein innerer Grund für die gleiche Behandlung der Zusicherung und des arglistigen Verschweigens besteht also nicht.[58]

Befriedigend erscheint aber auch der von Mommsen angeführte Grund nicht[59]:

„Die Abweichung folge daraus, daß die Römer „statt einer actio doli oder in factum die Kontraktsklage geben“.

Denn nimmt man an, daß die römischen Juristen die Kontraktsklage ganz allgemein auch für solche Ansprüche gegeben haben, die, an sich außerkontraktlich, mit dem Kontraktschluß nur äußerlich zusammenhängen — und diese Auffassung ist oben gerade im Anschluß an Mommsen vertreten —, dann muß es ihnen auch geläufig gewesen sein, die Kontraktsklage auf solche Leistungen zu geben, die sich ihrem Umfange nach vom Erfüllungsinteresse unterschieden. Darin, daß „die römischen Juristen die Erwirkung der Erfüllung als die eigentliche Funktion der Kontraktsklage angesehen haben“,[60] kann man also den hier gesuchten Grund für die Gewährung eines Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse nicht finden.

Nun wird aber von Mommsen noch ein anderer Grund angeführt:

„Die gedachte Bestimmung ist getroffen, um den dolus des Verkäufers zu strafen“.[61]

---

[58]) Mommsen, Haftung der Kontrahenten S. 167 Anm. 3.
[59]) a. a. O. S. 167.
[60]) Mommsen a. a. O.
[61]) Beitr. Bd. 1 S. 167.

Übereinstimmend mit Mommsen wird namentlich von Hartmann[62]) betont, daß Strafzwecke als Grund für die Ausnahmebestimmung in Betracht kommen. Er sagt:

> „In dem fraglichen Satze reagiert einfach das ethische Element im Recht mit Energie gegen den dolus der einen Partei".

Dieser Grund wird sich für das römische Recht kaum widerlegen lassen.

Denn dem römischen Recht ist es kein fremder Gedanke, einen unerlaubt Handelnden dadurch zu bestrafen, daß dem Verletzten gegen ihn eine Zivilklage gegeben wird, deren Gegenstand den durch die unerlaubte Handlung angerichteten Schaden übersteigt. Man denke nur an die actio furti.[63])

Wenn also auch die von Mommsen hier angezogene Quellenstelle nur von einem Falle arglistigen Verschweigens handelt, so wird sie doch wohl im römischen Recht entsprechend auszudehnen sein auf Fälle betrüglicher Vorspiegelung. Denn wenn die in Frage stehende Bestimmung ihren Grund hat in der Absicht, den Betrüger zu bestrafen, so ist keine Veranlassung gegeben, den betrüglich Vorspiegelnden anders zu behandeln als den arglistig Verschweigenden.

Ob aber an sich ein Grund gefunden werden kann, der eine verschiedene Behandlung der Haftung wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers und der Haftung wegen betrüglicher Vorspiegelung einer Eigenschaft rechtfertigen kann, das soll bei der Behandlung der Frage nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs untersucht werden.

Als Ergebnis der Behandlung nach römischem Recht ist nur zu betrachten:

1. Der Anspruch des durch arglistige Vorspiegelung zum Vertragsschluß Verleiteten ist ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung;
2. aus allgemeinen Grundsätzen folgt daher nur eine Haftung auf Ersatz wirklich erlittener Vermögensminderung, einschließlich des entgangenen Gewinnes;
3. Vertragsauflösung ist nicht die notwendige Folge der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches;
4. ob die besondere Bestimmung, daß der arglistig Fehler verschweigende Verkäufer auf Erfüllungsinteresse haftet, auch auf den Fall betrüglicher Vorspiegelung auszudehnen ist, hängt davon ab, welcher Grund für diese Bestimmung maßgebend gewesen ist.

---

[62]) Obligation S. 184, 209.

[63]) vgl. Dernburg, Pand. 7. Aufl. S. 353, 354.

§ 8.

Arglistige Täuschung beim Vertragsschluß dürfte auch im älteren deutschen Recht nicht ohne rechtliche Folgen gewesen sein. So vermutet Stobbe,[64]) daß die Ungültigkeit des Vertrages, wenn einer der Kontrahenten per dolum bestimmt worden ist, schon im germanischen Rechtsbewußtsein gelegen habe. Daß bei arglistigem Verschweigen von Fehlern ein Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer bestand, hebt Hübner[65]) hervor, und v. Amira[66]) weist nach, daß nach nordgermanischem Recht die arglistige Täuschung beim Kauf, die „Kauffuchsigkeit“, für den täuschenden Verkäufer die Auferlegung einer Buße zur Folge hatte. Irgendwelche genauere Bestimmungen insbesondere darüber, ob der Getäuschte beim Vertrage beharren und daneben Schadensersatzansprüche geltend machen konnte, sind nicht nachzuweisen.

§ 9.

Im gemeinen Recht wird der Schadensersatzanspruch des arglistig getäuschten Käufers ebenso wie im späteren reinen römischen Recht mit der actio emti geltend gemacht,[67]) wenn auch hier und dort noch einmal der Gedanke auftaucht, daß die mit der Kontraktsklage verfolgte arglistige Täuschung als außerkontraktlicher Verpflichtungsgrund eigentlich zur actio doli führen müßte.[68])

Eine Abweichung vom reinen römischen Recht wird im älteren gemeinen Recht dadurch herbeigeführt, daß der auf Grund einer Täuschung zustande gekommene Vertrag als nichtig angesehen wird.[69]) Es entfällt hier für den Getäuschten die Möglichkeit, bei dem Vertrage stehen zu bleiben. Er ist auf den Schadensersatzanspruch (negatives Interesse) beschränkt. Aber im neueren gemeinen Recht ist die Ansicht, daß der Vertrag nichtig sei, als unrichtig erkannt. Es besteht also ebenso wie im römischen Recht für den Getäuschten die Möglichkeit, bei dem Vertrage stehen zu bleiben und Schadensersatz zu fordern.

---

[64]) Geschichte des deutschen Vertragsrechtes S. 16.

[65]) Deutsches PrivR. § 83 S. 528.

[66]) Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. 2 (1895) S. 694, 695 f.

[67]) Glück Bd. 5 4. Buch Titel 3 S. 516; Dernburg, Pand Bd. 1 § 104 S. 244 Anm. 4; Arndt, Pand. § 307; Seuffert, Pand. 2. Aufl. § 261 Anm. 4; Wächter, Pand. Bd. 2 § 217; Burchardi, Lehrb. d. röm. R. Bd. 3 S. 680; Richelmann, Irrtum S. 131 ff. Anm. 223 b; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 605 Anm. 1 II.

[68]) Hänel, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 12 S. 416, 417; Windscheid (Pand. Bd. 1 § 79 Anm. 7 S. 404 9. Aufl.) bemerkt, daß sowohl die actio emti als auch die actio doli gegeben sei.

[69]) vgl. Anm. 45 oben.

In einer Reihe von Fällen steht dem Getäuschten nach moderner gemeinrechtlicher Theorie und Praxis sogar nur diese letztere Möglichkeit offen. Es beruht das auf der im gemeinen Recht anerkannten Unterscheidung zwischen dem dolus causam dans und dem dolus incidens. Danach soll nur in den Fällen des dolus causam dans die Forderung auf Reszission des Vertrages begründet sein.[70])

In der neueren Literatur ist die genannte Unterscheidung von einigen Schriftstellern als jeder inneren Begründung entbehrend verworfen worden.[71]) Vor allen Dingen läßt sie aber die Frage, welcher Schadensersatzanspruch dem Getäuschten gegeben ist, wenn er bei dem Vertrage stehen bleibt, unberührt. Diese Frage ist, selbst wenn man die Unterscheidung für berechtigt hält, für beide Fälle des dolus in contrahendo gleichmäßig zu beantworten.

Die Höhe eines Schadensersatzanspruches wegen dolus in contrahendo ist in den gemeinrechtlichen Lehrbüchern meist nur für den Fall behandelt, daß arglistiges Verschweigen von Fehlern vorliegt. Bei der Behandlung der Gewährleistungspflicht wird nämlich regelmäßig neben die Haftung wegen Zusicherung von Eigenschaften diejenige wegen arglistigen Verschweigens von Fehlern gestellt.[72]) Windscheid hebt ausdrücklich hervor,[73]) daß auch in diesem Falle „nicht bloß das sogen. negative Vertragsinteresse, sondern auch das Erfüllungsinteresse verlangt werden“ kann.

Eine entsprechende Bestimmung für den Fall eines dolus in contrahendo durch arglistige Vorspiegelung von Eigenschaften läßt sich aber in der gemeinrechtlichen Literatur nicht nachweisen. Es ist das ganz erklärlich; denn es war hierfür kaum ein praktisches Bedürfnis vorhanden deswegen, weil der Begriff der Zusicherung im gemeinen Recht so weit ausgedehnt wurde, daß er alle die Fälle, bei denen die Frage praktisch wird, mitumfaßte. Wie weit in dieser Beziehung die Praxis des gemeinen Rechtes gegangen ist, dafür sind die folgenden Erkenntnisse recht bezeichnend.

In einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck[74]) heißt es:

> „Die Haftung für ein sogen. dictum, d. h. für die Versicherung gewisser Eigenschaften der verkauften Sache, ist nicht dadurch bedingt, daß darüber eine kontraktsmäßige Verabredung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer

---

[70]) vgl. oben S. 19 und Sprenger a. a. O.

[71]) Burchardi, Wiedereinsetzung; Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 302; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 104 S. 243 Anm. 10.

[72]) Windscheid, Pand. Bd. 1 § 393.

[73]) Anm. 7 a. a. O.

[74]) Seufferts Arch. Bd. 2 Nr. 23.

stattgefunden hat; auch kommt es nicht darauf an, daß der Verkäufer gerade die Absicht gehabt hat, sich durch das dictum zu verpflichten".

Fast noch weiter geht ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Rostock,[75] in welchem als der leitende Gedanke der Bestimmungen über dicta und promissa der hingestellt wird, „daß der Käufer in Beziehung auf die von ihm ausgehende Bewilligung des Preises weder durch den äußeren guten Schein der Sache noch durch die einen solchen begründenden, nicht unter den Gesichtspunkt leerer Anpreisungen fallenden und als solche leicht zu durchschauenden Versicherungen des Verkäufers getäuscht werden soll".

Auf ähnlichem Standpunkt steht für das gemeine Recht auch das Reichsgericht. Es sagt[76]:

> „Ein dictum braucht nicht notwendig in der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der veräußerten Sache zu bestehen; auch die Angaben über sonstige, die fragliche Sache berührende tatsächliche Verhältnisse, welche geeignet sind, auf den Entschluß des Käufers, eine gewisse Sache für einen gewissen Preis zu kaufen, bestimmend einzuwirken, fallen unter diesen Begriff".

Der weitaus größte Teil der Fälle, in denen jemand durch arglistige Vorspiegelung zum Kaufabschluß veranlaßt ist, führt also im gemeinen Recht deswegen zur Haftung auf das Erfüllungsinteresse, weil die täuschende Handlung als Zusicherung aufgefaßt wird.

Nun hat man allerdings auch im gemeinen Recht sehr wohl erkannt, daß es Fälle gibt, in denen eine arglistige Vorspiegelung vorliegt, ohne daß sie sich unter den Begriff der Zusicherung bringen ließe.

> „In einer Anpreisung der Sache zum Zweck ihrer Empfehlung", sagt Windscheid,[77] „liegt noch nicht die Übernahme einer Garantie für ihre Fehlerlosigkeit. Es kann aber der Verkäufer, welcher durch eine solche Anpreisung den Käufer verleitet hat, möglicherweise wegen Betruges in Anspruch genommen werden".[78]

Den gleichen Anspruch erkennen zwei Entscheidungen aus der Praxis an, von denen die eine vom Oberappellationsgericht Lübeck,[79] die andere vom Reichsoberhandelsgericht[80] erlassen ist.

---

[75] Seufferts Arch. Bd. 17 Nr. 129.
[76] Seufferts Arch. Bd. 40 Nr. 102 S. 156.
[77] Pand. Bd 1 § 393 Anm. 2 S. 685.
[78] In demselben Sinne Hesse, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 61 S. 240ff.
[79] Seufferts Arch. Bd. 18 Nr. 237.
[80] Seufferts Arch. Bd. 29 Nr. 16 S. 27/28.

Ganz besonders weist Bechmann[81]) darauf hin, daß man mit der Annahme einer Zusicherung, besonders einer stillschweigenden Zusicherung, meist viel zu weit gehe und bei den vom Verkäufer über die Kaufsache gemachten Angaben ein pactum häufig nur fingiere. In vielen Fällen dürfe man keine Haftung ex pacto, sondern nur eine solche ex dolo annehmen.

Wird sonach der auf den dolus des Verkäufers gegründete Anspruch des Käufers im gemeinen Recht seiner Begründung nach vielfach richtig erkannt, so fehlt doch durchweg eine Beantwortung der Frage, wie hoch sich dieser Anspruch bemißt. Bechmann[82]) sieht den Vorteil seiner auf den dolus sich stützenden Begründung des Anspruchs darin, daß man kein pactum zu fingieren brauche. Er behandelt aber die Frage gar nicht, ob durch die Veränderung der Grundlage des Anspruchs nicht auch dessen Gegenstand beeinflußt wird.

Eine vom reinen römischen Recht abweichende Bemessung des Anspruchs läßt sich also im gemeinen Recht nicht nachweisen.

§ 10.

Das preuß. allgem. Landrecht gibt in Teil I Titel 4 §§ 84, 85 folgende, die Rechtslage bei arglistiger Verleitung zum Kauf berührende Bestimmungen:

> „In keinem Falle kann derjenige, welcher einen Irrtum wissentlich und vorsätzlich veranlaßt hat, daraus ein Recht erwerben.
>
> Vielmehr ist jede durch den Betrug veranlaßte Willenserklärung für den Betrogenen unverbindlich“.

Könnte es hiernach zunächst so erscheinen, als ob das Landrecht den durch Betrug veranlaßten Vertrag für nichtig erklärte,[83]) so geht aus den §§ 349, 350 II, 5 hervor, daß diese „Nichtigkeit eine relative zugunsten des Betrogenen“[84]) ist. Die genannten Paragraphen bestimmen:

> „Jeder Betrug, wodurch jemand zur Errichtung eines Kontraktes verleitet worden, berechtigt den Betrogenen, davon wieder abzugehen.
>
> Er kann aber auch bei dem Vertrage stehen bleiben und nur den Ersatz des durch den Betrug ihm verursachten Schadens fordern“.

---

[81]) Kauf Bd. 3,2 S. 203.
[82]) a. a. O.
[83]) Dernburg, Preuß. PrivR. 5. Aufl. Bd. 1 S. 232 f. § 110.
[84]) Dernburg a. a. O.

Mithin gibt das Landrecht dem Betrogenen ein Anfechtungsrecht, d. h. das Recht, lediglich durch seine Erklärung den Vertrag zu vernichten,[85]) nicht jedoch in allen Fällen eines dolus in contrahendo. Denn auch das Landrecht kennt die Unterscheidung von dolus causam dans und dolus incidens[86]) (Teil 1 Titel 4 § 87). Nur im ersteren Falle hat der Getäuschte das Anfechtungsrecht.

In beiden Fällen kann er aber unter Aufrechterhaltung des Geschäftes Schadensersatz fordern. Für diesen Fall bestimmt § 351 I, 5:

> „Will er letzteres, so muß ihm der Betrüger das ganze Interesse vergüten (§§ 286, 287)".

Für die Bemessung der Höhe des hier gewährten Schadensersatzanspruches kommt entscheidend die in dem zitierten Paragraphen enthaltene Verweisung auf die §§ 286, 287 I, 5 in Betracht. Diese Paragraphen lauten:

> § 285. Wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich . . . verletzt hat, muß dem andern sein ganzes Interesse vergüten.
>
> § 286. Aller Nachteil, welcher für jemand daraus entstanden ist, daß der andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen, wird unter dem Interesse begriffen.
>
> § 287. Es wird also bei Bestimmmung des Interesses nicht bloß auf den wirklichen Schaden, sondern auch auf den durch Nichterfüllung des Kontrakts entgangenen Vorteil Rücksicht genommen (Titel 6 §§ 5, 6).

Dadurch, daß das Gesetz in § 287 die Berücksichtigung des durch Nichterfüllung des Kontrakts entgangenen Vorteils an die Voraussetzungen des § 285 knüpft, bestimmt es, daß dieselbe auch dann eintreten soll, wenn ein dolus nur „bei Abschließung des Vertrages" vorgefallen ist.

Es ist das deswegen auffällig, weil hier wegen Nichterfüllung eines Vertrages gehaftet wird, der in dieser Weise gar nicht zum Abschluß gekommen ist, und es wird diese von der Konsequenz abweichende Bestimmung durchaus nicht etwa durch den in § 287 enthaltenen Hinweis auf die in §§ 5, 6; I, 6 angeordnete Berücksichtigung entgangenen Gewinns bei der Schadensbemessung erklärt. Denn eine Gewinnaussicht auf Erfüllung eines derartigen Vertrages, wie ihn der Getäuschte infolge der Täuschung abzu-

---

[85]) vgl. Striethorst im Arch. Bd. 8 S. 327/28 und Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 1 6. Aufl. § 31 S. 162.

[86]) O. Fischer, Lehrb. d. preuß. PrivR. 1887 § 17 S. 89; Dernburg § 110 S. 233.

schließen glaubte, wäre ohne die Täuschung gar nicht begründet gewesen.[87])

Man würde deshalb vielleicht geneigt sein, die Bestimmung des § 287, es soll bei der Bemessung des Interesses auch auf den durch Nichterfüllung des Kontraktes entgangenen Vorteil Rücksicht genommen werden, im Wege der restriktiven Auslegung auf den Fall zu beschränken, in welchem jemand seine Pflichten bei Erfüllung des Vertrages verletzt hat. Gegen eine solche Einschränkung spricht aber die in § 351 enthaltene Verweisung auf § 287. Denn im Falle des § 351 handelt es sich um den Schadensersatzanspruch wegen dolus in contrahendo, also zweifellos um einen solchen wegen Pflichtverletzung bei Abschließung des Vertrages. Wenn trotzdem durch jenen Hinweis ausdrücklich gefordert wird, der durch Nichterfüllung des Vertrages entgangene Vorteil sollte bei Bemessung des Interesses berücksichtigt werden, so kann damit nur gemeint sein, der Getäuschte solle so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn der Vertrag in der Weise abgeschlossen und erfüllt worden wäre, wie er ihn infolge der Täuschung abzuschließen glaubte. Denn unter dem Kontrakt, dessen Nichterfüllung berücksichtigt werden soll, kann nur der vorgetäuschte Vertrag verstanden werden, nicht etwa der infolge der Täuschung tatsächlich abgeschlossene. Es ist ja gar nicht gesagt, daß der Verkäufer diesen Vertrag nicht erfüllt habe. Und hätte er es nicht getan, so würde ein gewöhnlicher Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines abgeschlossenen Vertrages begründet sein. Es würde also nicht die geringste Veranlassung vorliegen, diesen bei der Lehre vom dolus in contrahendo (§ 351 I, 5) zu berücksichtigen.

Demnach kann die fragliche Bestimmung (§ 351 in Verb. mit § 387 Teil 1 Titel 5) nur dahin verstanden werden, daß das allgem. Landrecht durch ausdrückliche Sonderbestimmung angeordnet hat, der arglistig täuschende Verkäufer hafte auf das positive Erfüllungsinteresse.

In den Lehrbüchern des preußischen Privatrechts wird die Frage nach der Höhe des Schadensersatzanspruches nirgends behandelt. Dernburg[88]) sagt nur, der Getäuschte könne, wenn er beim Vertrage stehen bleibt, „die Differenz" einklagen. Damit kann der Anspruch auf Erfüllungsinteresse, ebenso aber auch der auf Ersatz des wirklich erlittenen Schadens gemeint sein.

Was die landrechtliche Praxis anlangt, so ist aus einer in

---

[87]) vgl. hierüber die genaueren Ausführungen bei Behandlung des heutigen Rechtes unten S. 40 f.

[88]) Preuß PrivR. 5. Aufl. Bd. 1 S. 232 § 110.

Striethorsts Archiv[89]) zitierten Entscheidung zu ersehen, daß man hier bei dem fraglichen Anspruch Haftung auf das Erfüllungsinteresse angenommen hat. Es handelt sich darum, daß ein Verkäufer die Größe des verkauften Grundstücks arglistig um eine Anzahl Morgen zu hoch angegeben hat. Nun beurteilt die angezogene Entscheidung den Fall zunächst zwar vom Standpunkt der Zusicherung und der besonderen landrechtlichen Bestimmungen „wegen fehlender Quantität", sodann aber (S. 346 a. a. O.) allein aus dem Gesichtspunkte des dolus in contrahendo. Hier heißt es:

> „Jedenfalls wäre Kläger befugt, wegen vorsätzlicher Pflichtverletzung des Verklagten bei Eingehung des Vertrages (Verletzung von Treu und Glauben) sein ganzes Interesse zu fordern, sowohl den ihm verursachten wirklichen Schaden als den entgangenen Gewinn . . . Allein auch von diesem Gesichtspunkt aus ist ein höherer Entschädigungsanspruch als der für den Morgen ermittelte Taxwert wenigstens nicht gehörig substantiiert".

Der Käufer soll hiernach den Wert der Grundfläche erhalten, deren Vorhandensein ihm vorgespiegelt worden ist, mit andern Worten: er wird so gestellt, wie er stehen würde, wenn die arglistige Vorspiegelung wahr wäre; der Verkäufer haftet auf das positive Erfüllungsinteresse.

Gegen die Annahme, daß hier Haftung auf das Erfüllungsinteresse als begründet angesehen wird, spricht nicht etwa der Umstand, daß das Urteil einen weiteren Schadensersatzanspruch als den Ersatz des Taxwertes als nichtsubstantiiert abweist. Auch wenn Haftung auf das Erfüllungsinteresse begründet ist, bedarf natürlich ein über den Wert der vom Getäuschten erwarteten Leistung hinausgehender Schadensersatzanspruch der besonderen Substantiierung.

Ein nach preußischem Recht ergangenes Urteil des Reichsgerichts[90]) äußert sich über die Höhe des fraglichen Anspruchs dahin, die Käufer verlangten „mit Recht Herabminderung des Kaufpreises auf den Betrag, den sie bei voller Kenntnis der wahren Sachlage gezahlt haben würden". Hieraus geht die Bemessung der Höhe des Anspruchs nicht klar hervor. Wenn das Reichsgericht meint, der Käufer könnte den Kaufpreis um so viel herabsetzen, wie der wirkliche Wert der Sache hinter dem vorgespiegelten Werte zurückbleibt, dann würde auch in diesem Urteil Haftung auf das Erfüllungsinteresse als begründet anerkannt sein. Denn ob man den Verkäufer verpflichtet, den vorgespiegelten

[89]) Bd. 52 S. 341 ff.
[90]) JurW. 1898 S. 518, 519 Nr. 58.

Mehrwert zur Kaufsache hinzuzuzahlen, oder dem Käufer das Recht gibt, den gleichen Betrag vom Kaufpreis abzuziehen, ist wirtschaftlich gleich.

Endlich sei noch darauf hingewiesen; daß sich in dem Reichsgerichtsurteil (Entsch. Bd. 63 S. 112) die Bemerkung findet, das Berufungsgericht führe aus:

> „Der durch den Abschluß eines Vertrages Betrogene könne nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Gegensatz zu denen des allgem. Landrechts (I, 5 §§ 350 ff., 286) nur das negative Vertragsinteresse, nicht das positive Erfüllungsinteresse verlangen".

Das Berufungsgericht (das Oberlandesgericht Marienwerder) hat also für das Landrecht gleichfalls angenommen, der arglistig täuschende Verkäufer hafte auf das positive Erfüllungsinteresse.

§ 11.

Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist dem durch arglistige Täuschung zum Vertragschluß verleiteten Käufer gleichfalls ein Schadensersatzanspruch gegeben. Da für den Anspruch, wie schon oben (§ 1) ausgeführt wurde, im Bürgerlichen Gesetzbuch eine rechtsgeschäftliche Grundlage nicht zu finden ist, derselbe sich vielmehr auch hier — ebenso wie im römischen Recht — lediglich als ein solcher aus unerlaubter Handlung charakterisiert, kommen für die Begründung des Anspruches nach Bürgerlichem Gesetzbuch die §§ 823 ff. in Betracht.

Aus § 823 Abs. 1 folgt seine Begründung nicht.[91]) Denn dieser Paragraph gewährt nicht wegen jeder Vermögensbeschädigung, sondern nur wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger widerrechtlicher Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder eines sonstigen Rechtes Ersatzansprüche. Von den hier aufgezählten Rechtsgütern ist aber im Falle arglistigen Verschweigens keins verletzt, insbesondere kann man in dem Betruge „keine Verletzung der Freiheit im Sinne der Willensfreiheit"[92]) erblicken. Ebensowenig liegt Verletzung eines „sonstigen Rechtes" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. vor. Denn beschädigt ist nicht ein einzelnes Recht des Getäuschten, sondern die Vermögenslage im ganzen. Das Vermögen gehört aber nicht zu den sonstigen Rechten im Sinne des genannten Paragraphen, „einmal weil ein subjektives Recht am Vermögen als solchem neben denen an den einzelnen Stücken nicht nachweisbar ist, dann aber weil nach der gegenteiligen An-

---

[91]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 51 S. 93.

[92]) Hölder, Komm. z. Allgem. Teil des BGB. S. 277 Anm. 7 zu § 123.

nahme die weiteren Bestimmungen des Abs. 2 und des § 826 fast gegenstandslos, weil schon durch Abs. 1 gedeckt, wären".[93])

Vielmehr folgt die Begründung des Anspruches aus der Bestimmung des § 826, daß jede vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung zum Ersatz verpflichtet. Arglistige Verleitung zum Vertragschluß verstößt gröblich gegen die guten Sitten.

Die Begründung des Anspruches folgt ferner, wenn der Verkäufer

> in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen des Käufers dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält

— und das wird bei arglistiger Verleitung zum Kauf fast immer der Fall sein — auch aus § 823 Satz 2.[94]) Denn dann enthält die Täuschung den Tatbestand des § 263 RStGB., stellt sich also als Verletzung eines den Schutz eines andern bezweckenden Gesetzes dar.

An dieser Begründung des Anspruches ändert nichts der Umstand, daß die Täuschung zunächst zu einem Vertragschluß und erst durch diesen zu einer Schädigung führt. Wollte man etwa aus diesem Grunde den Schaden nur als mittelbare Folge der Täuschung ansehen, so wäre das deswegen gleichgültig, weil es für die Begründung des Schadensersatzanspruches nur darauf ankommt, daß die Täuschung überhaupt für die Schädigung kausal war, mag sie sie nun mittelbar oder unmittelbar herbeigeführt haben.[95])

§ 12.

Der Tatbestand, der die Grundlage des Schadensersatzanspruches wegen arglistiger Verleitung zum Kauf bildet, hat nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch eine andere rechtliche Wirkung: „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung

---

[93]) Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Komm. Bem. 3 f zu § 823; vgl. Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. 2, 2 zu § 823 Bem. II A 2, e ε S. 1423 und die dort Zitierten.

[94]) Entsch. d. RG. Bd. 59 S. 155; JurW. 1905 S. 76; Gruchot 1905 S. 905; Entsch. Bd. 63 S. 111, Bd. 66 S. 337.

[95]) vgl. die metallographierten Prot. 1. Lesung Bd 1 S. 990: „Zu § 2 des Entw.: ‚die Haftpflicht tritt ein ohne Unterschied, ob die Handlung oder Unterlassung unmittelbar oder mittelbar den Schaden bewirkt hat‘ beschloß die Mehrheit die Streichung des Paragraphen. Sie erachtete die darin enthaltene Bestimmung für selbstverständlich".

bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten" (§ 123). Das hier gewährte Anfechtungsrecht und der Schadensersatzanspruch stehen unabhängig nebeneinander.[96]) Sie haben eine gewisse Ähnlichkeit nur deswegen, weil sie beide das Vorliegen einer arglistigen Täuschung voraussetzen und Mittel sind, mit denen die Rechtsordnung einer solchen entgegentritt. Im übrigen sind sie aber in Voraussetzung und Ziel verschieden.

Was zunächst das Anfechtungsrecht anbetrifft, so ist seine Voraussetzung die, daß die Täuschung zu einem Rechtsgeschäft geführt hat, sein Ziel dagegen die Beseitigung des Rechtsgeschäfts.

Das Anfechtungsrecht findet seinen Grund darin, daß sich die Rechtsordnung selbst widersprechen würde, wenn sie ihren Schutz gegen den Willen des Getäuschten Ansprüchen gewährte, die auf einem widerrechtlich zustande gekommenen rechtsgeschäftlichen Gebilde beruhen.

Aus dieser Natur des Anfechtungsrechtes folgt, daß seine Ausübung vom Vorhandensein eines Schadens unabhängig ist, daß seine Wirkungen sich aber nur auf diejenigen Verpflichtungen erstrecken können, die durch das Rechtsgeschäft begründet sind.

Für den Schadensersatzanspruch ist andrerseits Voraussetzung, daß die Täuschung für einen Schaden kausal gewesen ist;[97]) sein Ziel ist dessen Ausgleichung. Er findet seinen Grund darin, daß die Rechtsordnung Beschädigung eines andern durch arglistige Täuschung nicht zuläßt. Unabhängig ist er von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen einer rechtsgeschäftlichen Erklärung. Die Ausübung oder Nichtausübung des Anfechtungsrechtes ist für sein grundsätzliches Bestehen also unerheblich. Einen Einfluß kann die Ausübung des Anfechtungsrechtes nur deswegen haben, weil unter Umständen dadurch, daß das Rechtsgeschäft rückgängig gemacht wird, die Wiederherstellung des früheren Zustandes erreicht wird und weiterer Schaden nicht entstanden ist. Dann fällt allerdings der Schadensersatzanspruch, aber nicht schlechthin deswegen, weil das Anfechtungsrecht ausgeübt wird, sondern weil nach Lage des einzelnen Falles infolge der Durchführung der Anfechtung kein Schaden mehr vorhanden ist.

Besonders deutlich tritt die Tatsache, daß Anfechtungsrecht und Schadensersatzanspruch einander grundsätzlich nicht berühren, dann hervor, wenn die Täuschung, die zum Vertrage geführt hat,

---

[96]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 108; Dernburg, Bürgerl R. Bd. 1 § 146, Bd. 8 S. 495; Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1, 2 § 157a S. 917, 1 c, insbes. Anm. 12; R. Leonhard, Der Allgem. Teil S. 523 § 106; Fischer-Henle Anm. 5 zu § 123; Werner im Recht 1905 S. 303, 304.

[97]) Matthiessen, JurW. 1908 S. 62; OLG. Marienwerder, Entsch. d. OLG. Bd. 12 S. 12.

nicht von einem der Vertragschließenden, sondern von einem Dritten begangen wird. Hier hat der Getäuschte das Anfechtungsrecht gegen den Vertragsgegner nur dann, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte (§ 123 Abs. 2).[98] Im andern Falle ist die Anfechtung ausgeschlossen. Der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten besteht dagegen in jedem Falle; nur wird bei erfolgter Anfechtung sein Gegenstand ein andrer sein, als wenn der Vertrag bestehen bleibt.

Die Betrachtung zeigt übrigens auch, daß man unmöglich die Bestimmungen über das Anfechtungsrecht in § 123 BGB. als eine Spezialregelung in dem Sinne auffassen kann, durch sie würden nach dem Grundsatze „lex specialis derogat generali" für den Fall des dolus in contrahendo die Deliktsansprüche wegen arglistiger Täuschung aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. ausgeschlossen. Denn es wäre überaus ungerecht, wollte man dem Käufer, der beim Kaufabschluß von einem Dritten mit Kenntnis des Verkäufers getäuscht worden ist, dann, wenn er diesen Vertrag angefochten hat, wegen des durch die Anfechtung nicht beseitigten Schadens keinen Anspruch gegen jenen Dritten geben. Die Ansicht, § 123 sei gegenüber §§ 823 ff. als Spezialbestimmung aufzufassen, ist dementsprechend auch ganz allgemein abgelehnt.[99] Für sie ist insbesondere nicht anzuführen Entsch. d. RG. Bd. 63 S. 269. Denn dort handelt es sich nur um die Frage, ob der Schadensersatzanspruch nach Ablauf der Anfechtungsfrist noch zur Aufhebung des Vertrages führen könne. In Frage steht also dort nur der Inhalt, nicht aber die Begründung des Schadensersatzanspruches.

Aus demselben Grunde wäre aber auch die Folgerung unrichtig: Der Getäuschte kann nach seiner Wahl entweder den Vertrag anfechten oder den Schadensersatzanspruch geltend machen. Macht er aber von dem Anfechtungsrecht Gebrauch, dann entfällt der Schadensersatzanspruch. Diese Ansicht unterstellt Linckelmann[100] dem Reichsgericht. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß auch nach der Anfechtung ein Schaden bestehen bleiben kann, für den die Täuschung kausal gewesen ist. Es ist kein Grund vorhanden, hier keinen Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zu gewähren. In diesem Sinne äußern sich auch die Motive.[101]

Tatsächlich stellt übrigens das Reichsgericht eine abweichende Ansicht gar nicht auf. Es betont in den zitierten Entscheidungen

---

[98] vgl. Otto Christian Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts (Fischers Abhandl. Bd. 12) S. 139.

[99] vgl. Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 3. Aufl. § 164 Anm. 1.

[100] über die Rechtslage bei arglistiger Täuschung, JurW. 1905 S. 226, 227.

[101] Bd. 1 S. 108.

stets nur, daß der Betrogene, auch wenn er nicht anficht, Schadensersatz fordern kann. Es beantwortet aber die Frage gar nicht, ob im Falle der Anfechtung gleichfalls ein Anspruch gegeben ist. M. E. hält es ihre Bejahung für selbstverständlich.

Endlich ist noch die Ansicht zurückzuweisen, die im Gegensatz zu den eben erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen das Bestehen eines Schadensersatzanspruches für den Fall leugnet, daß der Getäuschte von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch macht. Wenn Linckelmann[102]) sagt:

> „Es ist zuzugeben, daß dem Getäuschten freisteht, das anfechtbare Rechtsgeschäft zu bestätigen. Geschieht das aber, so hat er keinen Schadensersatzanspruch mehr aus unerlaubter Handlung“,

so fehlt jede Begründung dafür, weshalb der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung durch die Nichtausübung des Anfechtungsrechtes untergehen soll. Der Gedanke, der Linckelmann vorschwebt, ist wohl der, daß in dem Festhalten am Vertrage ein stillschweigender Verzicht auf den Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Verleitung zu diesem Vertrage zu finden sei, ähnlich wie man die Bestimmung des § 464 BGB., daß der Käufer, der eine mangelhafte Sache bei Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annimmt, die Gewährleistungsansprüche verliert, auf einen vom Gesetz vermuteten stillschweigenden Verzicht des Käufers zurückzuführen sucht. Eine entsprechende Gesetzesbestimmung ist aber im Falle arglistiger Verleitung zu einem Vertrage nicht vorhanden. Sie wäre auch gänzlich unberechtigt. Denn der Betrogene kann sehr wohl ein Interesse daran haben, zunächst einmal das, was er auf Grund des ungünstigen Vertrages erlangt hat, zu behalten und außerdem zu sehen, inwieweit er darüber hinaus vom Betrüger Schadensersatz erlangen kann (vgl. oben S. 21, 22). Linckelmann ist zu seiner Ansicht sichtlich dadurch verleitet worden, daß er aus dem Vertrage viel zu weitgehende Schadensersatzansprüche folgert. Seine Auffassung, bei Nichtausübung des Anfechtungsrechtes gehe der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung verloren, liegt auch einem Reichsgerichtsurteil zugrunde.[103]) Das Reichsgericht hat sie aber in seinen neueren Entscheidungen wieder aufgegeben.[104])

Es ist demnach festgestellt, daß die Ausübung oder Nichtausübung des Anfechtungsrechtes zwar von entscheidender Bedeutung ist für das Bestehen oder Nichtbestehen der Verpflichtungen

---

[102]) a. a. O.

[103]) RGE. Bd. 56 S. 49ff.

[104]) vgl. die Urteile des RG. Entsch. in Zivils. Bd. 59 S. 157, Bd. 63 S. 112.

aus dem Vertrage, daß sie aber gar keinen Einfluß hat auf die Begründung des Schadensersatzanspruches aus dem Betruge, es sei denn, daß durch die Anfechtung des Vertrages jeder Schaden beseitigt ist.

§ 13.

Die Bemessung jedes Schadensersatzanspruches folgt im Bürgerlichen Gesetzbuch aus der Bestimmung des § 249 Satz 1: „Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“. Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist im vorliegenden Falle eine unerlaubte Handlung, nämlich die arglistige Täuschung. Der Verkäufer hat also den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die arglistige Täuschung nicht erfolgt wäre. Er hat demnach die Differenz auszugleichen zwischen dem Vermögensbestande des Getäuschten, wie er sein würde, wenn die Täuschung nicht vorgefallen wäre, und dem Vermögensbestande, wie er — ungünstig beeinflußt durch diese arglistige Täuschung — tatsächlich ist.

Der Vermögensbestand, wie er ohne die Täuschung sein würde, ist aber nur dadurch festzustellen, daß man überhaupt von jeder Wirkung absieht, welche die betrügerische Handlung auf das Vermögen ausgeübt hat, insbesondere gehört in jenen Vermögensbestand nicht die Aussicht auf einen Gewinn, welche durch die betrügerische Vorspiegelung erweckt worden ist.

Denn es wäre falsch, zu folgern: wäre die Grundlage für jene Gewinnaussicht keine vorgespiegelte gewesen, so wäre eine reelle Grundlage vorhanden gewesen. Es muß vielmehr gefolgert werden: wäre keine Grundlage vorgespiegelt worden, so hätte — auch subjektiv vom Standpunkt des Getäuschten — niemals eine Grundlage für jene Gewinnaussicht bestanden.[105])

Eine reelle Grundlage könnte nur dann angenommen werden, wenn man den Betrüger für die Wahrheit seiner Angaben einstehen ließe. Hierin würde aber eine Verkennung der rechtlichen Bedeutung liegen, welche den die Vorspiegelung enthaltenden Worten des Betrügers beizumessen ist. Diese Worte sind rechtlich wohl als unerlaubte Handlung erheblich, d. h. sie verpflichten zum Ersatz wirklich angerichteten Schadens, mag derselbe damnum emergens oder lucrum cessans sein.

Sie sind aber nicht als rechtsgeschäftliche Erklärung aufzufassen in dem Sinne, der Betrüger wolle für ihre Richtigkeit ein-

---

[105]) Westrum in JurW. 1907 S. 40; Werner im Recht 1905 S. 304, 305.

stehen; es läßt sich also aus ihnen keine Verbindlichkeit des Betrügers auf Erfüllung dieser Angaben, keine Haftung auf sogen. positives Erfüllungsinteresse konstruieren. Ein Erfüllungsinteresse aus unerlaubter Handlung ist ein Widerspruch in sich.

Es wird das ganz besonders deutlich, wenn die Täuschung überhaupt nicht zum Abschluß eines Vertrages zwischen Betrüger und Betrogenem geführt hat, z. B. in folgendem Falle:

> A will bei C ein Pferd kaufen, welches zu dem im Verhältnis zu seinem Werte auffällig billigen Preise von 800 Mk. zu haben ist. C ist bereit, den Handel mit A einzugehen. Bevor sie abschließen, bestimmt aber B, der selbst das gewinnbringende Geschäft mit C machen will, den A, von dem Kaufe abzustehen, indem er ihm arglistig vorspiegelt, bei D sei ein gleich wertvolles Pferd für 700 Mk. zu haben. Als A zu D kommt, sieht er sich getäuscht. C hat inzwischen anderweitig verkauft. A braucht dringend ein derartiges Pferd, kann aber ein gleich wertvolles nur zum Preise von 900 Mk. erhalten.

Es ist hier ohne weiteres klar, daß B aus der unerlaubten Handlung nur auf 100 Mk. Schadensersatz haftet. Denn nur in dieser Höhe hat A einen Schaden erlitten: er würde ohne die Täuschung für 800 Mk. — natürlich nicht etwa für 700 Mk. — ein gleich wertvolles Pferd erhalten haben, wie er es jetzt nur für 900 Mk. bekommen hat. Wollte man annehmen, B hafte auf 200 Mk. Schadensersatz, so wäre dieser Anspruch nur auf eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Inhalts zu gründen, B wolle dafür einstehen, daß A ein Pferd für 700 Mk. bekommen werde. Eine solche Erklärung kann in seinen Worten natürlich nicht gefunden werden.

Es ergibt sich also: Sobald man den Betrüger auf die Richtigkeit seiner Vorspiegelung haften lassen will, verläßt man das Gebiet der Haftung aus unerlaubter Handlung und gründet seine Haftung auf eine — nicht vorhandene — rechtsgeschäftliche Erklärung.

Aus der unerlaubten Handlung folgt dagegen nur die Haftung auf Ersatz des wirklich angerichteten Schadens; für sie ist ja gerade charakteristisch, daß sie unabhängig von rechtsgeschäftlicher Erklärung Verpflichtungen schafft.

Dieser aus dem Wesen der Haftung wegen unerlaubter Handlung folgende Umfang kann sich auch dann nicht ändern, wenn die unerlaubte Handlung zunächst zum Abschluß eines Vertrages geführt hat. Nur liegt hier die Gefahr, den Schadensersatzanspruch unrichtigerweise auf rechtsgeschäftliche Grundlage

hinüberzuspielen, deswegen besonders nahe, weil neben den — primären — Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung sekundäre Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Vertragspflichten treten können.[106])

Es kommt daher vor allem darauf an, den Anspruch aus dem Vertrage und den aus der unerlaubten Handlung scharf zu trennen.[107])

Der auf dem Vertrage beruhende Anspruch richtet sich auf Erfüllung des Vertrages, wie er tatsächlich abgeschlossen worden ist, nicht etwa auf Erfüllung der den Käufer täuschenden Worte des Betrügers. Wird die Erfüllung verzögert oder unmöglich, so tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruches nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, dessen Gegenstand das positive Vertragserfüllungsinteresse ist.

Dieser sekundäre Schadensersatzanspruch gleicht die Differenz aus zwischen dem Vermögenszustande, wie er bestehen würde, wenn der Vertrag erfüllt wäre, und dem Vermögenszustande, wie er — ungünstig beeinflußt durch die Nichterfüllung des Vertrages — tatsächlich besteht. Er setzt also immer den tatsächlich abgeschlossenen Vertrag voraus. Dieser ist seine Grundlage; mit ihm verändert er sich, mit ihm fällt er weg.

Logischerweise kann dieser auf dem Vertrage beruhende und durch ihn bedingte Anspruch kein Mittel sein, die schon in diesem Vertrage selbst liegende Schädigung zu berücksichtigen.

Diese Schädigung kann vielmehr nur mit einem in seiner Begründung vom Vertrage unabhängigen Schadensersatzanspruche, d. h. mit dem Schadensersatzanspruche wegen arglistiger Täuschung, geltend gemacht werden.

Für diesen Anspruch gelten aber bezüglich seiner Höhe die oben[108]) aus allgemeinen Grundsätzen gezogenen Folgerungen; es kann also auf Grund desselben nur Ersatz wirklich angerichteten Schadens, nicht aber irgendein positives Erfüllungsinteresse gefordert werden.

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt allerdings das Reichs-

---

[106]) Die Ausdrücke „primäre" und „sekundäre" Schadensersatzpflicht sind in dem Sinne gebraucht, wie sie Oertmann (Komm. Vorbem. 1 zu § 249) anwendet.

[107]) Auf mangelnder Auseinanderhaltung der beiden Verpflichtungsgründe, aus denen hier Schadensersatzansprüche entstehen, beruhen namentlich die Ausführungen Linckelmanns, der zu dem Ergebnis kommt, auch nach erfolgter Anfechtung könnte das Vertragserfüllungsinteresse gefordert werden! Vgl. die Kritik bei Westrum a. a. O.

[108]) S. 103/04.

gericht[109]) und mit ihm Dernburg,[110]) Staudinger,[111]) Linckelmann.[112])

Dagegen stehen auf demselben Standpunkt, wie er hier eingenommen ist, Kipp,[113]) Werner,[114]) Westrum,[115]) Lenel[116]) und Matthiessen[117]) sowie ein Urteil des Oberlandesgerichts Marienwerder.[118])

§ 14.

Das Reichsgericht stützt in seinen früheren Entscheidungen die Berechnung der Höhe des fraglichen Schadensersatzanspruches auf allgemeine Grundsätze, also auf § 249 BGB. Es hat in seinem Urteil v. 12. 11. 1904 (RGE. Bd. 59 S. 156) folgendes zur Begründung ausgeführt[119]):

> „Der Schadensersatzanspruch besteht in der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis, nämlich die Täuschung, nicht eingetreten wäre. Handelt es sich um eine arglistige Zusicherung, so muß der Getäuschte so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn die zugesicherte Tatsache wahr wäre".

Hierin liegt ersichtlich der Schluß:

Wäre die arglistige Täuschung nicht vorgefallen, so wäre die vorgespiegelte Tatsache wahr.

Dieser Schluß ist schon oben zurückgewiesen worden; seine Unhaltbarkeit ist von Werner[120]) und Westrum[121]) schlagend dargetan, insbesondere auch in dem Urteil des Oberlandesgerichts Marienwerder v. 22. 5. 1905[118]) richtig erkannt.

---

[109]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 59 S. 157, Bd. 63 S. 112; Gruchots Beitr. Bd. 49 S. 902; JurW. 1905 S. 76.

[110]) Bürgerl. R. Bd. 1 § 146 VIII S. 495.

[111]) Komm. z. BGB. Bd. 1 Anm. 6 Abs. 2 zu § 123.

[112]) Linckelmann in JurW. 1905 S. 226.

[113]) Windscheid, Pand. Bd. 1 § 78 S. 408.

[114]) Recht 1905 S. 303 ff.; Oertmann, Komm. Anm. 5 zu § 463 hat Werner völlig mißverstanden, indem er seine Ausführungen auf den Fall arglistigen Verschweigens bezieht.

[115]) JurW. 1907 S. 39.

[116]) Lenel, DJZ. 1907 Nr. 8 S. 455.

[117]) Matthiessen, JurW. 1908 Nr. 3 S. 60 ff.

[118]) Entsch. d. OLG. Bd. 12 S. 12/13.

[119]) vgl. JurW. 1905 S. 42 Nr. 2. In dem vom RG. entschiedenen Fall handelt es sich um einen Rechtsmangel (vgl. Linckelmann S. 226; Westrum S. 39). Die entsprechende Begründung findet sich im Urteil des RG. bei Gruchot 1905 S. 905 und JurW. 1905 S. 76 Nr. 11.

[120]) a. a. O. S. 304/05.

[121]) a. a. O. S. 40.

Gegen den in dem zuletzt genannten Urteil enthaltenen Angriff hat das Reichsgericht seine Ansicht in seiner in derselben Sache ergangenen Entscheidung (Entsch. Bd. 36 S. 110) verteidigt. Die Begründung ist aber hier eine etwas andere wie früher. Während die früheren Begründungen stets darauf hinauslaufen, bei Wegfall der arglistigen Täuschung wäre die vorgespiegelte Tatsache wahr gewesen, enthält die genannte Entscheidung die folgende Begründung:

> „Der Betrogene kann nach § 249 die Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes, wie er ohne den Betrug sich gestellt hätte, verlangen. Hat er infolge des Betruges sich zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises verstanden, so kann er die Ermäßigung oder den Ersatz bis zu dem Betrage verlangen, den er vertragsmäßig ohne Betrug gegeben hätte. Ob der Betrüger zu diesem Preise verkauft hätte, ist ganz gleichgültig. Er ist an den Vertrag gebunden und muß alle Folgen des Betruges auf sich nehmen. Ein Rücktrittsrecht steht ihm nicht zu".

Die Unrichtigkeit dieser Begründung ist nach dem oben Dargelegten offensichtlich. Gewiß muß der Betrüger alle Folgen der unerlaubten Handlung auf sich nehmen. Aber diese Folgen bestehen in der Verpflichtung zum Ersatz wirklich angerichteten Schadens. Gewiß ist er auch an den Vertrag, den er abgeschlossen hat, gebunden und hat bezüglich dieses Vertrages kein Rücktrittsrecht. Aber er ist auch nur an *diesen* Vertrag gebunden und nicht an irgendeinen anderen. Sobald man aber in dem Vertrage irgendwelche Bestimmungen ändert, setzt man an die Stelle des bisherigen einen neuen Vertrag.[122] Das Reichsgericht gründet seine Ansicht in der in Rede stehenden Entscheidung mithin auf den Gedanken:

> Wäre die arglistige Täuschung nicht vorgefallen, so wäre an Stelle des tatsächlich abgeschlossenen Vertrages ein anderer abgeschlossen worden.

Wie nun schon oben (S. 23) gegenüber der von *Mommsen* vertretenen Ansicht ausgeführt wurde, ist der einzig sichere Schluß, welcher aus dem Umstande, daß der Betrug für den Vertragschluß kausal war, gezogen werden kann, der: ohne den Betrug wäre *der* Vertrag nicht abgeschlossen worden.

Für die Unmöglichkeit, irgendeinen weiteren Schluß in der Richtung zu ziehen, daß ein anderer Vertrag an Stelle des tat-

---

[122]) Es ist schon oben (S. 19, 20) dargetan, daß jede Unterscheidung zwischen dolus causam dans und dolus incidens abzulehnen ist. Vgl. *Leonhard*, Allgem. Teil S. 523 § 106 und *Werner* im Recht 1905 S. 304.

sächlich abgeschlossenen zustande gekommen wäre, spricht schon der Umstand, daß man nicht sicher angeben kann, wie der ohne die betrügerische Vorspiegelung zustande gekommene Vertrag ausgesehen hätte.

Denkbar für die Konstruktion dieses zum Zwecke der Schadensberechnung gedachten Vertrages sind zwei Wege. Man kann einmal sagen:

Der Käufer glaubte durch den Vertrag sich einen bestimmten Vermögensvorteil zu verschaffen. Nur einen Vertrag, der ihm diesen Vermögensvorteil einbringt, hätte der Käufer abgeschlossen. Da es für den Käufer wirtschaftlich gleichgültig ist, ob er einen gewissen wirtschaftlichen Wert zu der Kaufsache dazu erhält oder den gleichen Wert vom Kaufpreise abziehen kann, so wäre ein Vertrag abgeschlossen worden, in welchem der Kaufpreis um so viel hinter dem tatsächlich vereinbarten Kaufpreise zurückgeblieben wäre, wie der Kaufgegenstand ohne die vorgespiegelten Eigenschaften im Werte hinter einem Gegenstand mit diesen Eigenschaften zurückbleibt.

Bezeichnet man den tatsächlichen Wert des Kaufgegenstandes mit a, den durch die Täuschung vorgespiegelten Mehrwert mit b, den tatsächlich vereinbarten Preis mit c, so würde sich als wirtschaftlicher Vorteil, den der Käufer zu haben glaubte, die Größe $a + b - c$ ergeben.

Da er tatsächlich nur a erhält, muß, damit wirtschaftlich das gleiche Ergebnis erzielt werde, der Wert b vom Kaufpreise abgezogen werden. Der Kaufpreis des gedachten Vertrages würde dann durch $c - b$ dargestellt sein.

Der wirtschaftliche Vorteil ist dann für den Käufer der gleiche, wie der, den er zu erlangen glaubte: $a - (c - b) = a + b - c$.

Die Unrichtigkeit dieser ganzen Folgerung ist in einem Falle sehr augenfällig. Ist nämlich der durch die Täuschung vorgespiegelte Mehrwert (b) größer als der bewilligte Preis c — der Fall ist praktisch sehr leicht möglich —, dann würde der in dem gedachten Vertrage anzunehmende Kaufpreis $(c - b)$ negativ werden. Mit anderen Worten, man käme zu dem Schluß: wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte, dann wäre ein Vertrag geschlossen worden, bei welchem der Verkäufer nicht nur keinen Kaufpreis verlangt, sondern sogar noch etwas zur Kaufsache dazu gezahlt hätte. Das ist widersinnig.

Der andere Weg für die Konstruktion eines zum Zwecke der Schadensberechnung dienenden Vertrages ist derjenige, den Mommsen einschlägt (vgl. oben S. 23). Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Mommsen sagt das Reichsgericht in seiner

neuesten Entscheidung,[123] [124]) in der es die früher aus allgemeinen Grundsätzen gezogenen Folgerungen ausdrücklich aufgibt, der Inhalt des fraglichen Schadensersatzanspruches „würde, wenn der betrogene Käufer nicht den Vertrag anfechten, sondern dabei stehen bleiben will, danach zu bemessen sein, wie viel der Käufer an Kaufpreis weniger bewilligt hätte, wenn er den wahren Sachverhalt hinsichtlich des Zustandes der Kaufsache gekannt hätte; denn durch eine entsprechende Herabsetzung wäre der Zustand hergestellt, der bestanden hätte, wenn die Täuschung nicht erfolgt wäre".

Diese reichsgerichtliche Fassung ist weniger entschieden als die Mommsens. Letzterer sagt (S. 163) ganz deutlich, es solle verhältnismäßig gemindert werden. Das Reichsgericht dagegen will bis zu dem Preise mindern, den der Käufer bei Kenntnis der Sachlage gegeben hätte. Das soll wohl aber auch eine verhältnismäßige Minderung im Sinne von Mommsen bedeuten. Sonst würde ja der Käufer ganz willkürlich seine Gegenleistung bestimmen können. Wie stünde es dann, wenn der Käufer bei Kenntnis der Sachlage gar nicht gekauft hätte? Sollte er dann sagen können, damals hätte er bei Kenntnis der Sachlage gar nichts gegeben, jetzt aber wolle er sich die Sache behalten. Die Unrichtigkeit einer solchen Folgerung liegt auf der Hand. Es kann also nur verhältnismäßige Minderung gemeint sein.

Der in dem gedachten Vertrage anzunehmende Preis würde also nach dieser Berechnung aus der Formel $\frac{x}{c} = \frac{a}{a+b}$ folgen. Der zu ersetzende Schaden würde demnach dargestellt durch $c - \frac{a\,c}{a+b}$.

Der grundlegende Fehler in den beiden vorstehend behandelten Schadensberechnungen liegt darin, daß als sicher angenommen wird, bestimmte rechtsgeschäftliche Erklärungen, die tatsächlich nicht abgegeben worden sind, wären in dem Falle, daß die Täuschung nicht vorgefallen wäre, abgegeben worden. Eine solche Annahme

---

[123]) Entsch. d. RG. Bd. 66 S. 337.

[124]) Mommsen, Die Haftung der Kontrahenten S. 163 ff. Das RG. verweist auf S. 166. Dort behandelt aber Mommsen die Haftung auf das positive Erfüllungsinteresse, während das RG. das negative Interesse feststellen will. Auf S. 163 kürzt Mommsen den Kaufpreis verhältnismäßig, wie es in dem eben zitierten Urteil das RG. nach § 249 tun will. Auf S. 166 berechnet er dagegen — Haftung auf positives Erfüllungsinteresse annehmend — den Kaufpreis so, wie ihn das RG. in der Entsch. Bd. 63 S. 111 berechnet hat. Das RG. verweist wohl auf die Anm. 1. Warum es übrigens in der verhältnismäßigen Minderung des Kaufpreises eine Haftung auf „negatives Interesse" sieht, ist nicht ersichtlich.

ist unzulässig, weil Abgabe oder Nichtabgabe der fraglichen Erklärungen vom freien Willen der betreffenden Personen abgehangen hätte und daher eine Beantwortung der Frage, ob diese Erklärungen unter den nur gedachten Umständen abgegeben worden wären, unmöglich ist.

Nun ist freilich bei der Schadensbemessung der entgangene Gewinn zu berücksichtigen, d. h. jeder Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252). Es würde also genügen, wenn eine Wahrscheinlichkeit für die Abgabe der fraglichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen bestehen würde.

Das ist aber keineswegs der Fall. Könnte man nämlich bei der oben zuerst dargestellten Berechnung, bei welcher der vorgespiegelte Mehrwert einfach vom tatsächlich bewilligten Kaufpreise abgezogen worden ist, allenfalls noch als wahrscheinlich annehmen, daß es dem Käufer lediglich auf den wirtschaftlichen Vorteil ankam, den er durch den Vertragschluß machte, so besteht andrerseits ganz sicher keine Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Verkäufer bei Wegfall der Täuschung die erforderliche rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben haben würde.

Bei der zweiten Berechnung, d. h. bei der verhältnismäßigen Minderung des Kaufpreises, nimmt man ohne weiteres als wahrscheinlich an, daß der Käufer, der eine bestimmte Sache zu einem bestimmten Preise kaufen will, eine weniger wertvolle für den proportionell geringeren Preis kaufen würde; das ist aber durchaus nicht ohne weiteres wahrscheinlich.

Und man nimmt ferner als wahrscheinlich an, daß der Verkäufer, wenn er nicht getäuscht hätte, bereit gewesen wäre, die fragliche Kaufsache für den verhältnismäßig geminderten Kaufpreis zu verkaufen. Das wird in den meisten Fällen im Gegenteil höchst unwahrscheinlich sein.

Die nach § 252 erforderliche Grundlage, daß der entgangene Gewinn ein solcher sein muß, der mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, fehlt also durchweg. Diese Annahmen sind also sämtlich nicht geeignet, als Grundlage für die Schadensberechnung zu dienen.

§ 15.

Entgegen der Ansicht des Reichsgerichts ergibt sich die Berechnung der Höhe des fraglichen Anspruches aus folgendem:

> Es ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand, die arglistige Täuschung, nicht eingetreten wäre. Wäre die arg-

listige Täuschung nicht eingetreten, so würde der Vertrag nicht geschlossen worden sein.

Mit dieser Folgerung ist man aber schon am Ende dessen, was mit Sicherheit aus dem Wegfall der arglistigen Täuschung geschlossen werden kann.

Denkbar ist freilich noch ein Schluß auf entgangenen Gewinn.[125]) Dann müssen aber besondere Anhaltspunkte dafür gegeben sein, daß der Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Wenn z. B. anderweitig dem Getäuschten ein günstiges Vertragsangebot gemacht worden ist, das er nur deswegen ausgeschlagen hat, weil er schon mit dem Betrüger abgeschlossen hatte, oder weil infolge der Vorspiegelung ihm dessen Angebot noch günstiger erschien, so wird man folgern müssen:

Wäre die arglistige Täuschung nicht erfolgt, so wäre der Vertrag mit dem Betrüger nicht abgeschlossen, also hätte der Betrogene das ihm anderweitig gemachte günstige Angebot angenommeu. Der Zustand, der bestehen würde, wenn die arglistige Täuschung nicht eingetreten wäre, wäre also derjenige, in dem sich der Betrogene auf Grund jenes anderweitig möglichen günstigen Vertragsabschlusses befinden würde.

Abgesehen aber von den Fällen, in denen auf Grund besonderer Anhaltspunkte Ersatz entgangenen Gewinns gefordert werden kann, hat es bei dem Schlusse, ohne die Täuschung wäre es zu keinem Vertrage gekommen, sein Bewenden. Da nach § 249 Satz 1 der Zustand herzustellen ist, der ohne die Täuschung bestehen würde, so führte streng genommen die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches zur Auflösung des Vertrages und zur Erstattung des negativen Interesses, des sogen. Vertrauensinteresses.[126])

Es würde also im wesentlichen dieselbe Wirkung erreicht werden, zu der die Anfechtung des Vertrages führt. Nur würden hier Leistung und Gegenleistung nicht ohne weiteres in das Vermögen des betreffenden Leistenden zurückfallen, sondern es würde nur obligatorisch für die Parteien die Verpflichtung entstehen, sich gegenseitig die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.[127])

Tatsächlich führt aber der Schadensersatzanspruch nicht notwendig zur Auflösung des Vertrages. Wie oben dargelegt wurde

---

[125]) Werner S. 305; Matthiessen in JurW. 1908 S. 63.

[126]) Diesen Ausdruck braucht Enneccerus a. a. O. Bd. 1 3. Aufl. 1908 S. 589.

[127]) So beschränkt Westrum a. a. O. den Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse. Dagegen Matthiessen a. a. O. S. 63.

(S. 21 ff.), ist der Schadensersatzanspruch lediglich auf Ausgleichung des erlittenen Schadens gerichtet, das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages ist für ihn nebensächlich, jedenfalls ist dessen Beseitigung nicht sein wesentliches Ziel. Es darf nicht auffallen, daß man hier nicht, dem Text des Gesetzes genau folgend, den Zustand der wirklich ohne die arglistige Täuschung bestehen würde, d. h. also einen Zustand ohne Vertrag, herstellen will. Wollte man das als dem Gesetz nicht entsprechend ansehen, so dürfte man überhaupt keine compensatio damni cum lucro zulassen. Gerade aber dann, wenn Gewinn und Verlust auf denselben Grund zurückzuführen sind, wird eine solche allgemein angenommen.

Man beseitigt hier allerdings nicht den Grund des Schadens mit allen seinen Folgen, vorteilhaften und unvorteilhaften, sondern man läßt die vorteilhaften Folgen bestehen und verpflichtet nur zum Ausgleich des Schadens, der wegen des Überwiegens der unvorteilhaften Folgen entstanden ist, mit andern Worten, man stellt nicht rein logisch, sondern wirtschaftlich den Standpunkt her, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.[128]) Es soll so gut wie möglich der frühere Vermögenszustand des Geschädigten wiederhergestellt werden.

Diese ganz allgemein für den Schadensersatzanspruch geltenden Sätze finden Anwendung, wenn die unerlaubte Handlung durch das Mittel eines Vertragsabschlusses zu einer Schädigung geführt hat. Beseitigung des Schadens, nicht Beseitigung des Mittels der Schädigung, ist der Zweck des Anspruches. Häufig wird freilich der Schaden am besten dadurch beseitigt werden, daß das Mittel der Schädigung, hier also der Vertragschluß, beseitigt wird. Aber notwendig ist das nicht. Es wäre ungerecht, den Geschädigten auf den einen Weg — Beseitigung des Vertrages — zu beschränken. Bieten sich ihm anderweitig bessere Wege, den Schaden zu beseitigen, so müssen ihm auch diese offenstehen. Denn in erster Linie kommt es darauf an, d a ß, nicht w i e der Schaden beseitigt werde.

Für diese Auffassung spricht insbesondere noch folgendes:

Dem Betrogenen ist in § 123 das Recht gewährt, nach seinem Belieben anzufechten oder bei dem Vertrage stehen zu bleiben. Unabhängig davon gewährt ihm das Gesetz den Schadensersatzanspruch. Er soll also auch, wenn er von dem Anfechtungsrecht nicht Gebrauch macht, Schadensersatz fordern können. Erkennt das Gesetz hier den Gedanken an, daß der Geschädigte bei

---

[128]) vgl. O e r t m a n n , Komm. Anm. 2 zu § 249 und Prot. 2. Lesung Bd. I S. 293.

Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nicht zur Auflösung des Vertrages verpflichtet ist, so wird nicht anzunehmen sein, daß es diesen Gedanken bei der Regelung der Wirkungen des Schadensersatzanspruches wieder aufgibt.

So betont denn auch das Reichsgericht immer wieder in den zitierten Entscheidungen, daß der Käufer bei dem Vertrage stehen bleiben kann,[129]) und Werner und Matthiessen stimmen ihm dabei zu, insbesondere sagt Werner:

„Es ist von jeher Rechtens gewesen, daß der Betrüger sein Opfer schadlos halten muß, und es wäre in der Tat, wie das Reichsgericht mit Grund betont, ein merkwürdiger Rechtssatz, wenn der Betrüger seine Ersatzpflicht ablehnen könnte, sobald er nicht die Kaufsache zurückerhält".[130])

Wenn der Käufer nun von seinem Rechte, bei dem Vertrage stehen zu bleiben und Ersatz für den erlittenen Schaden zu fordern, Gebrauch macht, so sind die Grundlagen für die Schadensberechnung folgende:

Das Vermögen des Betrogenen wird vermehrt durch den Kaufgegenstand, vermindert um den Kaufpreis. Ein Schaden entsteht dadurch, daß der Kaufpreis infolge des Betruges zu hoch ist, daß er den Wert der Kaufsache übersteigt.

Die Höhe des Schadens ergibt sich, wenn man die aus dem Vertrage erlangten Vermögensvorteile (im wesentlichen also den Kaufgegenstand) von den infolge des Vertrages erlittenen Vermögensnachteilen (im wesentlichen also dem Kaufpreise) abzieht. Die Differenz — bei Anwendung der S. 45 verwendeten Buchstaben: (c — a) — stellt den zu ersetzenden Schaden dar.

Bei dieser Berechnung ist als Wert der Kaufsache deren objektiver Wert zu setzen.

Zu einer Vereinbarung über den Wert der Kaufsache war es zwar zwischen den Parteien gekommen: der Kaufvertrag enthielt wie jeder gegenseitige Vertrag eine Gleichsetzung der Werte der Leistung und Gegenleistung, d. h. des Kaufgegenstandes und des Preises. Aber diese Wertbemessung beruht auf der Täuschung. Gerade ihre Folgen sollen beseitigt werden.

Die Rekonstruktion einer Parteivereinbarung über den Wert der Kaufsache, wie sie ohne Täuschung zustande gekommen wäre, ist, wie oben bei der Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichts

---

[129]) In dem Urteil Bd. 63 S. 270 geht das RG. sogar so weit, dem Schadensersatzanspruch die den Vertrag auflösende Wirkung nach Ablauf der Anfechtungsfrist ganz zu versagen, da der § 124 dem § 249 in Verb. mit § 826 als speziellere Bestimmung vorgehe. Dagegen die Mot. (Bd. 1 S. 204) und Staudinger Anm. 6 Abs. 2 zu § 123.

[130]) Werner im Recht 1905 S. 304.

ausgeführt worden ist,[131]) unmöglich, schon mit Rücksicht darauf, daß eine solche wahrscheinlich in dem gedachten Falle gar nicht erfolgt wäre.

Es bleibt also nichts anderes übrig, als den objektiven Wert der Kaufsache für die Berechnung zugrunde zu legen. Das führt auch zu einem völlig befriedigenden Ergebnis.

Der Betrogene hat dann durch den Betrug nichts verloren. Er hat für die Kaufsache ihren wahren, objektiven Wert gezahlt. Die erfolgte Vermögensvermehrung und Vermögensverminderung heben sich gegenseitig auf.

Der Betrogene hat allerdings auch nichts gewonnen. Aber darauf hat er auch keinen Anspruch. Denn ein gewinnbringendes Rechtsgeschäft mit dem Betrüger abzuschließen, ist ihm nicht gelungen. Es besteht ohne weiteres auch nicht der geringste Anhalt dafür, daß der Betrogene ohne die Täuschung ein günstiges Geschäft mit dem Betrüger gemacht haben würde. Daraus, daß er selbst gehofft hat, ein gewinnbringendes Geschäft abzuschließen, mit andern Worten, daraus, daß er betrogen worden ist, kann er nicht verlangen, Vorteile zu haben. Man kann sich nicht zu seinem Vorteile betrügen lassen. Man kann nur verlangen, durch den Betrug nicht geschädigt zu werden.

Nun kann zwar der Kaufgegenstand ohne die vorgespiegelten Eigenschaften gerade für den Betrogenen einen geringeren, einen erheblich unter dem objektiven Wert liegenden oder vielleicht gar keinen Wert haben. Aber dann mag der Betrogene den Vertrag anfechten. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Betrogene sagen wollte: der Kaufgegenstand hat zwar für mich einen im Verhältnis zum objektiven Wert nur geringen Wert, ich behalte ihn aber trotzdem und lasse mir bei der Rückforderung des Kaufpreises nur den geringeren bezw. gar keinen Wert anrechnen.

Damit würde der Betrogene versuchen, den Umstand, daß er betrogen worden ist, zu einer vorsätzlichen Schädigung des Betrügers auszunützen. Er würde sich auf Kosten des Betrügers bereichern.[132]) Das würde gegen die guten Sitten verstoßen. Denn der Umstand, daß er arglistig getäuscht worden ist, entbindet den Getäuschten nicht von der Verpflichtung, selber auf die Anforderungen von Treu und Glauben Rücksicht zu nehmen.

Mit Rücksicht auf Treu und Glauben ist aber in dem Entschluß, die Sache zu behalten, die Erklärung zu sehen, man wolle sich die Kaufsache zum normalen Werte auf den Kaufpreis anrechnen lassen.

---

[131]) s. oben S. 45 ff.

[132]) vgl. **Matthiessen** a. a. O. S. 63.

Im Gegensatz zu der Ansicht des Reichsgerichts ist also als Gegenstand des fraglichen, nach allgemeinen Grundsätzen gegebenen Schadensersatzanspruches die Differenz anzusehen zwischen dem Werte der durch den Vertrag erlittenen Vermögensminderung (Kaufpreis) und der auf Grund des Vertrages erlangten Vermögensvermehrung (Kaufsache), wobei der Berechnung der objektive Wert der Kaufsache zugrunde zu legen ist.

§ 16.

In Frage steht nun noch, ob dem durch arglistige Vorspiegelung beim Vertragsabschluß getäuschten Käufer etwa ein auf Spezialbestimmungen gegründeter Anspruch zusteht. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 463:

> „Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat".

Auf analoge Anwendung dieser Bestimmung stützt das Reichsgericht in seiner Entscheidung v. 2. 10. 1907 seine Ansicht, daß der Verkäufer bei arglistiger Verleitung zu dem Kauf auf das volle Erfüllungsinteresse hafte. Es sagt[133]):

> „Steht dem Käufer ein solcher Schadensersatzanspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers zu, so muß daraus wegen Gleichheit des Rechtsgrundes gefolgert werden, daß das Gesetz dem Käufer auch wegen Fehlens solcher Eigenschaften, deren Vorhandensein vom Verkäufer beim Vertragschluß betrüglich vorgespiegelt worden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren will, wenn auch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift in dieser Hinsicht nicht gegeben ist".

Gegen diese Ausführungen des Reichsgerichts führt Matthiessen[134]) zunächst den Umstand an, daß in der Vorgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches kein Anhalt für diese Neuschöpfung des Reichsgerichts zu finden sei. Dann aber verneint er vor allen Dingen die Zulässigkeit des vom Reichsgericht gemachten Analogieschlusses. Dieser Schluß beruht nach der eben zitierten Begründung auf der „Gleichheit des Rechtsgrundes".

Die Unhaltbarkeit des Schlusses ist insoweit ohne weiteres zuzugeben, als aus der auf das Erfüllungsinteresse gerichteten

---

[133]) Entsch. d RG. Bd. 66 S. 337.
[134]) JurW. 1908 Nr. 3 S. 60.

Haftung nach § 463 Satz 1, d. h. aus der Haftung wegen zugesicherter Eigenschaften, auf die gleiche Haftung wegen betrügerischer Vorspiegelung geschlossen wird. Denn hier gründet sich im ersten Falle die Haftung unzweifelhaft auf Vertrag, und, wie auch Matthiessen hervorhebt, betont ja gerade das Reichsgericht immer nachdrücklich, daß eine Zusicherung im Sinne des § 463 Satz 1 eine vertragsmäßige sein muß. Im zweiten Falle, d. h. bei betrügerischer Vorspiegelung, beruht die Haftung lediglich auf unerlaubter Handlung. Von Gleichheit des Rechtsgrundes kann also hier keine Rede sein. Insoweit das Reichsgericht eine Analogie zwischen der Haftung aus vertragsmäßiger Zusicherung und der Haftung aus der betrüglichen Vorspiegelung von Eigenschaften annimmt, insoweit ist ihm entgegenzuhalten, daß es auch hier — ebenso wie in seiner früheren Begründung — den wesentlichen Gegensatz nicht hinreichend beachtet, der zwischen betrügerisch gemachten Angaben, die sich lediglich als unerlaubte Handlung charakterisieren, und vertragsmäßig übernommenen Verpflichtungen besteht.

§ 17.

Aber das Reichsgericht zieht zur Begründung seines Analogieschlusses besonders die Bestimmung heran, daß der Verkäufer, welcher durch arglistiges Verschweigen von Fehlern der Kaufsache den Käufer täuscht, auf das Erfüllungsinteresse haftet (§ 463 Satz 2). Es meint also: Wie hier wegen arglistig verschwiegener Fehler auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gehaftet wird, so muß auch wegen arglistiger Vorspiegelungen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gehaftet werden.

Diese Begründung — die übrigens, wie unten zu zeigen sein wird, schließlich gleichfalls abzulehnen ist — ist m. E. zur Unterstützung der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht weit mehr geeignet als die im vorigen Paragraphen wiedergegebene, die aus der Erfüllungshaftung beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften auf eine gleiche Haftung bei arglistiger Vorspiegelung schließen will. Der Unterschied beider tritt allerdings in dem letzten Urteil des Reichsgerichts nicht besonders hervor.

Dagegen zeigt sich in dem in Bd. 63 der Entscheidungen (S. 112, 113) wiedergegebenen Urteil ganz deutlich, welcher Gedanke bei diesem Analogieschluß für das Reichsgericht bestimmend gewesen ist. Es heißt dort:

> „Im Gegenteil ist für den Fall arglistigen Verschweigens eines Fehlers im § 463 Satz 2 (vgl. die Mot. zu § 385

des Entw. Bd. 2 S. 229) die auch hier aus dem Vertrage sich nicht ergebende Haftung nach Maßgabe des Vertrages (Ersatz des Erfüllungsinteresses) ausdrücklich vorgeschrieben".

Der Schluß, welcher der Begründung des Reichsgerichts, insoweit sich diese auf die analoge Anwendung des § 463 Satz 2 stützt, zugrunde liegt, ist also folgender:

1. Die Haftung wegen betrüglicher Vorspiegelung ist solche aus unerlaubter Handlung;
2. auch die Haftung wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers ist an sich eine solche aus unerlaubter Handlung;[135]
3. die Haftung wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers ist in § 463 Satz 2 durch positive gesetzliche Bestimmung der Haftung wegen vertragsmäßiger Zusicherung gleichgestellt, also künstlich, nämlich im Wege der Fiktion, zu einer Haftung auf positives Erfüllungsinteresse gemacht;[136]
4. der Grund, der für diese gesetzgeberische Behandlung der Haftung wegen arglistigen Verschweigens von Fehlern bestimmend war, muß wegen der gleichen Natur beider Haftungsgründe auch die gleiche Behandlung der Haftung wegen betrüglicher Vorspiegelung erfordern;
5. folglich ist auch die Haftung wegen betrüglicher Vorspiegelung einer Eigenschaft Haftung auf positives Erfüllungsinteresse.

Auffällig ist, daß das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 66 S. 337 den fraglichen Anspruch auf § 826 BGB. gründet und ihn dann nach Analogie von § 463 Satz 2 bemißt. Indem der § 463 Satz 2 für den Fall arglistigen Verschweigens von Fehlern die Haftung auf das Erfüllungsinteresse festsetzt, gibt er spezielle Bestimmungen für einen Fall der Arglist, der an sich einen Anspruch nach § 826 BGB. begründen würde. Es entsteht hier die überaus bestrittene Frage, ob der in § 463 Satz 2 gewährte Anspruch als Spezialbestimmung für den Umfang seines Anwendungsgebietes die Anwendung des § 826 ausschließt, oder ob eine sogen. Anspruchskonkurrenz anzunehmen ist, ob also der

---

[135]) Daß das RG. dieser Ansicht ist, geht ganz deutlich aus dem Hinweise auf die Mot. Bd. 2 S. 229 hervor.

[136]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 66 S. 86, 87: „Der Arglist bei dem Vertragschlusse — dolus in contrahendo — sind unter den dort (§ 463) geregelten Voraussetzungen die gleichen vertraglichen Wirkungen beigelegt, die der Arglist in Erfüllung des Vertrages — dolus in contrahendo — allgemein zuerkannt sind".

Anspruch aus § 463 Satz 2 und der aus § 826 nebeneinander bestehen, und im letzteren Falle, ob und eventuell in welcher Weise sie sich gegenseitig beeinflussen.[137])

Bei einer analogen Ausdehnung der Bestimmung des § 463 Satz 2 auf den Fall arglistiger Vorspiegelung von Eigenschaften würden ganz dieselben Fragen auch hier zu berücksichtigen sein und es müßte daher für den Fall der Richtigkeit der Analogie zweifelhaft erscheinen, ob der § 826 BGB. zur Begründung des Anspruchs überhaupt herangezogen werden darf.

Diese Schwierigkeit wird vermieden und die Konstruktion dadurch einfacher, wenn man von einer Begründung aus § 826 von vornherein absieht und demnach nicht untersucht, ob ein nach § 826 begründeter Anspruch nach Analogie des § 463 Satz 2 zu bemessen ist, sondern die Frage so stellt:

Ist dem durch betrügliche Vorspiegelung beim Vertragsabschluß getäuschten Käufer ein Anspruch nach Analogie des in § 463 Satz 2 für den Fall arglistigen Verschweigens von Fehlern gewährten und auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Anspruchs gegeben?

Man wird nun zugeben müssen, daß bei Richtigkeit der vier Obersätze des oben dargestellten Schlusses die unter 5. gezogene Folgerung nicht beanstandet werden kann. Die Richtigkeit der zu 1. bis 4. genannten Sätze ist also zu prüfen:

Zu 1. Daß die Haftung wegen Verleitung zum Vertragschluß durch betrügerische Vorspiegelung von Eigenschaften der Kaufsache eine Haftung aus unerlaubter Handlung ist, ist oben (§§ 1, 4, 11) nachgewiesen. Gegen Satz 1 ist nichts einzuwenden.

Zu 2. Dagegen, daß die Haftung wegen arglistig verschwiegener Fehler als Haftung aus unerlaubter Handlung anzusehen ist, richtet Matthiessen[138]) seinen Angriff. Er bestreitet die Gleichheit des Rechtsgrundes. Denn die Haftung wegen betrügerischer Vorspiegelung beruhe auf unerlaubter Handlung; Grundlage der Haftung aus § 463 Satz 2 aber sei der Vertrag.

In dieser Deduktion ist er jedoch selbst unsicher, wie die Wendungen: „die Haftung gründe sich in erster Linie auf den Vertrag", die Arglist trete lediglich als der weitere Grund des Anspruches hinzu" deutlich erkennen lassen. Insbesondere sind die Ausführungen auf S. 62 oben Spalte 1 — Hinweis auf die aus § 459

---

[137]) vgl. hierzu Otto Christian Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts; O. Fischer, Abhandl. Bd. 12 S. 108, 113, 120. Insbesondere wird hier (S. 111) auf die praktische Bedeutung dieser Frage hingewiesen. Vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 59 S. 105 und Bd. 66 S. 87.

[138]) JurW. S. 60 ff.

folgende vertragsmäßige Pflicht, für Fehler einzustehen — mit Rücksicht auf die besondere Natur der Gewährleistungspflicht nicht beweisend. Es wird das unten näher darzutun sein. Vielmehr ist die Grundlage für den Schadensersatzanspruch die vom Verkäufer betätigte Arglist, die sich als dolus in contrahendo, demnach als unerlaubte Handlung charakterisiert.

Das ergeben zunächst die Gesetzesmaterialien:

Aus der Vorlage des Redaktors ist allerdings über die Natur des Schadensersatzanspruches aus § 463 Satz 2 nichts zu entnehmen; es wird dort lediglich auf die gleiche Bestimmung im gemeinen Recht und in einer Reihe moderner Kodifikationen Bezug genommen.[139]) Neben der Vorlage des Redaktors hat aber der 1. Kommission zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezüglich des Rechtes der Schuldverhältnisse der Dresdener Entwurf eines Obligationenrechtes aus den Jahren 1863—1866 zugrunde gelegen. In der endgültigen Fassung lautet hier der entsprechende Art. 204:

> „Neben dem Rechte auf Wandelung oder Minderung hat der Erwerber Anspruch auf vollen Schadensersatz wegen Betruges, wenn der Veräußerer Mängel der Sache arglistig verschwiegen hat, oder wegen Nichterfüllung des Vertrages, wenn zugesicherte Eigenschaften nicht vorhanden sind".

Hier ist ganz klar der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß der Grund für die Haftung wegen arglistigen Verschweigens in einer unerlaubten Handlung, nicht etwa in der Nichterfüllung des Vertrages zu finden ist.[140]) Dementsprechend wurde dann auch bei der ersten Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Antrag gestellt, den Käufer in einem solchen Falle auf Wandelung

---

[139]) Vorlage des Redaktors, Recht der Schuldverhältnisse Allgem. Teil Bd. 1 S. 3c, Mängelgewähr S. 39, zu § 26.

[140]) Die entsprechenden Stellen der Prot. machen allerdings den Eindruck, als ob man sich der Bedeutung dieser Fassung bezüglich des Umfanges des Schadensersatzanspruches gar nicht allgemein bewußt gewesen wäre. Der die zitierte Fassung beantragende Abgeordnete weist allerdings darauf hin (Prot. Bd. 1 S. 756), es sei nicht zu billigen, daß der Veräußerer „für den durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schaden hafte". Aber bei der Annahme der Fassung „erblickte der Herr Referent hierin keine wesentliche Änderung", und als Grund für die Fassung wird die schärfere Unterscheidung der Verjährungsfristen angegeben (Bd. 1 S. 768, 769). Der ungleich wichtigere Unterschied bezüglich des Umfanges der Haftung wird hier völlig übergangen. Der Grund hierfür kann vielleicht darin gefunden werden, daß die Beratung vor dem Erscheinen der Iheringschen Abhandlung über das negative Vertragsinteresse (Jahrb. Bd. 4 1864) stattfand, zu einer Zeit also, zu der man auf die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen negativem und positivem Interesse noch nicht allgemein aufmerksam geworden war.

und negatives Interesse zu beschränken.[141]) Wenn die Mehrheit diesem Antrage nicht folgte, so geschah das nur aus praktischen, erst unten näher zu erörternden Gründen. Es wurde aber ausdrücklich anerkannt, daß der Mehrheitsbeschluß von der Konsequenz abweiche; denn

> „der in Betracht kommende dolus charakterisiere sich als dolus causam dans".[142])

Der Ausdruck „dolus causam dans" bezeichnet hier natürlich nicht den Gegensatz zum dolus incidens im Sinne der gemeinrechtlichen Unterscheidung; denn das hätte gar keinen Sinn: arglistiges Verschweigen kann sehr häufig für den ganzen Vertragschluß bestimmend sein. Der Ausdruck dolus causam dans soll hier nur darauf hinweisen, daß ein dolus in contrahendo, mithin nicht Verletzung einer kontraktlichen Verpflichtung, sondern unerlaubte Handlung vorliegt. An der von der 1. Kommission angenommenen Bestimmung ist materiell später nichts mehr geändert worden. Die Materialien bezeichnen also deutlich als Grundlage des Anspruches aus § 463 Satz 2 eine unerlaubte Handlung.

Nun sind aber die Materialien nicht unbedingt maßgebend. Es würde gegen die Auffassung derselben eine vertragsmäßige Grundlage für den Anspruch aus § 463 Satz 2 anzuerkennen sein, wenn sich aus dem Gesetz selbst auf eine solche schließen ließe. Es führt das auf die Frage, ob als Inhalt der Erfüllungspflicht Lieferung einer fehlerfreien Sache anzusehen ist. Denn wäre das der Fall, dann wäre schon in dem Kaufvertrage eine an sich vertragsmäßige Grundlage für den Anspruch aus § 463 Satz 2 gegeben.

Die aufgestellte Frage wird zwar von Endemann[143]) bejaht; er sagt:

> „Daß die Freiheit von den kraft Gesetzes zu vertretenden Mängeln zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört, hebt § 459 Abs. 1 Satz 1 mit aller Klarheit hervor".[144])

Aber diese Ansicht wird bei Endemann selbst nicht konsequent durchgeführt, heißt es doch an anderer Stelle[145]):

> „Mangelhafte Leistung gilt nicht als Nichterfüllung; der Verkäufer gerät nicht in Leistungsverzug, noch wird

---

[141]) Metallographierte Prot. 1. Lesung Bd. 1 S. 747, 748.

[142]) Prot. 1. Lesung a. a O.; Mot. Bd. 2 S. 229.

[143]) Lehrb. Bd. 1, 2 § 161 Anm. 31 S. 992.

[144]) Dementsprechend nimmt Endemann an dieser Stelle (Anm. 31) an, daß der Verkäufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache in Verzug komme.

[145]) § 161 S. 987.

er den sonstigen Rechtsfolgen der Nichterfüllung unterworfen".

Auch Dernburgs Standpunkt in dieser Frage ist nicht klar. Er nimmt zwar bei Lieferung einer mangelhaften Sache Verzug des Verkäufers an.[146] Bezüglich der Beweislast vertritt er den Standpunkt, Verkäufer habe Fehlerlosigkeit der Sache zu beweisen, denn er habe vertragsmäßige Erfüllung darzutun.[147] Andererseits sagt er aber in demselben Paragraphen[148]:

„Der Verkäufer gilt als aus dem Kaufvertrage verpflichtet, den Kaufgegenstand ohne Rechtsmängel zu liefern und solche zu beseitigen. Eine entsprechende Verpflichtung entspringt aus dem Kaufvertrage nicht für Sachmängel".

Auf S. 69 heißt es, die Vorschriften der §§ 325, 326 BGB. könnten beim Kauf nicht angewendet werden;

„denn diese Vorschriften betreffen gegenseitige Forderungen auf Erfüllung. Wo es sich bloß um Gewähr von Sachmängeln handelt, besteht, wie gezeigt, ein solcher Anspruch gegen den Verkäufer nicht".

Nach dem Vorstehenden wird man also kaum sagen können, daß Dernburg und Endemann sich entschieden für die Ansicht ausgesprochen hätten, die Haftung für Abwesenheit von Fehlern gehöre zur Erfüllungspflicht.

Gegen diese Ansicht sprechen folgende Gründe: Nimmt man an, der Verkäufer verpflichte sich, durch den Kaufvertrag die Sache fehlerfrei zu liefern, so ist nicht einzusehen, weswegen der Käufer im Falle eines Mangels, dessen Beseitigung möglich ist, nicht dessen Beseitigung verlangen kann, weswegen er ferner nicht stets, sondern nur in den Fällen des § 463 Satz 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern kann. Aus diesen Gründen hat namentlich Schollmeyer[149] und ihm folgend Oertmann[150] die Gewährleistungspflicht scharf von der Erfüllungspflicht getrennt.[151] Die Gewährleistungspflicht setzt zwar den Kaufvertrag voraus, sie kann ohne ihn nicht bestehen und ist insoweit in ihm

---

[146] Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 69 § 184.

[147] a. a. O. Bd. 2 § 184 V.

[148] S. 59.

[149] Jahrb. f. Dogm. Bd. 49 S. 94 ff., insbes. S. 97 ff.

[150] Oertmann, Komm. Bem. 1 zu § 433 γ, insbes. $\beta\beta$; Oertmann im Recht 1908 Nr. 9 S. 346, 347.

[151] Die gleiche Ansicht vertreten Leonhard, Beweislast S. 392, Crome, Bürgerl. R. § 220 Anm. 64; Planck, Komm. § 462 Nr. 1; Gellbach im Recht 1905 Nr. 8; Cosack, Bürgerl. R. § 127 VII; and. Ans. Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag.

begründet.[152]) Aber sie folgt nicht ohne weiteres aus der rechtsgeschäftlichen Erklärung:

> „Wer eine bestimmte Sache verkauft, will sie doch so, wie sie ist, in ihrer konkreten Leiblichkeit übertragen; daß er sie ohne weiteres als eine tadellose zu liefern verspräche, läßt sich aus dem Verkauf als solchem nicht entnehmen".[153])

Vielmehr beruht die Gewährleistungspflicht auf positiver gesetzlicher Bestimmung; sie ist eine gesetzliche Verpflichtung, welche ihren Grund in der Berücksichtigung wichtiger Verkehrsinteressen findet.[154])

Schließt nun die Rechtsordnung an den Kaufvertrag als Voraussetzung bei Vorhandensein von Sachmängeln für gewöhnlich nur die Wandelungs- und Minderungspflicht als gesetzliche Folgen an, so müssen besondere Gründe für sie maßgebend gewesen sein, in den beiden Fällen des § 463 dem Verkäufer eine weitergehende Haftung aufzuerlegen.

Für Satz 1 ist der Grund ohne weiteres in der vertragsmäßigen Grundlage gegeben. Freilich ist der in Frage kommende Vertrag nicht der eigentliche Kaufvertrag; dann müßte ja nicht nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern bei möglicher Beseitigung des Mangels auch wirkliche Erfüllung gefordert werden können. Wäre aber die Lieferung der mangelfreien Speziessache von vornherein unmöglich, dann würde § 307 eingreifen und die Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung überhaupt nicht gerechtfertigt sein. Die vertragsmäßige Grundlage ist vielmehr in dem Garantieversprechen zu finden, als welches die Zusicherung aufgefaßt wird,[155]) in einem Vertrage also des Inhalts, der Verkäufer wolle für allen Schaden einstehen, der dem Käufer aus dem Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaft erwachse.

Die gleiche vertragsmäßige Grundlage läßt sich aber für den Anspruch aus § 463 Satz 2 nicht annehmen. Ein stillschweigendes Garantieversprechen für die Abwesenheit von Fehlern liegt diesem Anspruch nicht zugrunde.[156]) Denn dann müßte auch hier die Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung stets, d. h. ohne Rücksicht darauf eintreten, ob Arglist vorliegt oder nicht. Sie tritt aber nur im Falle der Arglist ein. Folglich ist diese Arglist der wahre Grund des Anspruchs.

---

[152]) Schollmeyer a. a. O. S. 93.
[153]) Oertmann a. a. O. S. 325.
[154]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 224.
[155]) Hierzu insbesondere Schollmeyer a. a. O S. 98, 99; Mot. Bd. 2 S. 225; Prot. 2. Lesung Bd. 1 S. 637.
[156]) Mot. Bd. 2 S. 225.

Arglistiges Verschweigen charakterisiert sich als dolus in contrahendo, demnach als außerkontraktliches Verschulden. Man kann hiergegen nicht einwenden: wenn man das Verschweigen als widerrechtlich ansehe, müßte man eine vertragliche Pflicht zum Reden voraussetzen. Gewiß kann man ein Unterlassen nur dann als pflichtwidrig bezeichnen, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht. Die Pflicht zur Aufklärung aber

> „existiert auch unter Personen, die noch nicht in Vertragsverhältnissen zueinander stehen, sondern erst im Begriffe sind, solche Beziehungen herzustellen; schon in diesem Stadium der Annäherung erwächst eine nach der guten Sitte und den Bedürfnissen des Verkehrs zu ermessende Verpflichtung, auf die Interessen des Mitkontrahenten Rücksicht zu nehmen".[157])

Das arglistige Verschweigen eines Fehlers verstößt also gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, die den Verkehr beherrschen sollen, es verstößt gegen die gute Sitte. Wer aber außerkontraktlich einem andern in einer gegen die gute Sitte verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, haftet ex delicto.[158])

Auch aus dem Gesetz selbst folgt somit, daß die Haftung wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers an sich auf unerlaubter Handlung beruht.

Der von Matthiessen gegen die Schlußfolgerung des Reichsgerichts gerichtete Angriff geht also fehl. Er ist neuerdings mit Erfolg bekämpft worden.[159]) Matthiessens neuere Ausführungen[160]) vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Sie beruhen im wesentlichen darauf, daß § 463 Satz 2 mit dem Worte Fehler auf die §§ 459, 462 verweise, mithin eine Ausdehnung der dort auf vertraglicher Grundlage gegebenen Gewährleistungsansprüche enthalte.

Demgegenüber ist aber zu betonen, daß es nicht darauf ankommen kann, in welcher Weise gesetzestechnisch der Anspruch konstruiert ist, sondern lediglich darauf, welche Grundlage er seinem Wesen nach hat.

---

[157]) Thur, Über die Mängel des Vertragschlusses § 12, Zeitschr. f. schweizer. R. Bd. 17 S. 9; vgl. auch Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 § 146 IV, 1.

[158]) Wenn Crome (System des bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 444 § 220, 2) das arglistige Verschweigen als Kontraktwidrigkeit bezeichnet mit der Begründung, es „verstoße gröblich gegen die nach Verkehrsgrundsätzen zu erwartende Redlichkeit und Treue", so ist das nicht schlüssig. Ein solcher Verstoß kann an sich ebensogut außerkontraktlich erfolgen. Crome folgt Ulrich Schröder, Zur Gewährleistung für Mängel beim Kauf S. 5, ohne besondere Begründung.

[159]) Von Modestus Lipsiensis im Recht 1908 Sp. 502.

[160]) Recht 1908 Sp. 570 zu b.

Daß diese nicht der Vertrag sein kann, geht schon aus den obigen Ausführungen hervor, ergibt sich übrigens noch ganz einwandfrei aus der von Modestus Lipsiensis angestellten Betrachtung des Falles, in welchem die Ausschließung der Gewährleistung wegen Fehler der Sache vereinbart worden ist. Daß hier die Haftung des Verkäufers auf das Erfüllungsinteresse nach § 463 Satz 2 keiner tatsächlichen rechtsgeschäftlichen Erklärung desselben entspricht, ist augenfällig. Sie muß also — wenn sie auch gesetzestechnisch an den Vertrag angeschlossen ist — ihren wahren Grund außerhalb des Vertrages, d. h. in der Arglist haben.

Der oben zu 2. angeführte Satz ist richtig.

Zu 3. Wenn nun die Haftung wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers an sich auf unerlaubter Handlung beruht, so ist klar, daß der § 463 Satz 2 eine von der eigentlich zu ziehenden Konsequenz abweichende Bestimmung enthält, daß er künstlich, d. h. im Wege der Fiktion, die Haftung wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers so behandelt, als ob auch hier — ebenso wie bei Satz 1 — ein Garantieversprechen abgegeben worden wäre.

Man kann das vielleicht schon im Gesetzestext selbst, in dem Worte „gilt", angedeutet finden; es geht klar hervor aus den Motiven[161]) und ist auch in der Literatur hervorgehoben worden, nämlich von Kohler,[162]) welcher sagt:

> „Der Verschweiger wird gesetzlich so behandelt, als ob er zusicherte, daß diejenigen Mängel, die er verschweigt, nicht vorhanden wären",

und von Modestus Lipsiensis (a. a. O. Sp. 502):

> „obwohl der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers nicht versprochen hatte, wird wegen der Arglist des Verkäufers der Käufer doch so gestellt, wie wenn ihm die Abwesenheit des Fehlers versprochen worden wäre".

Zu 4. Es fragt sich nunmehr noch, ob derselbe Grund, der die künstliche Unterstellung der Haftung wegen arglistigen Verschweigens unter kontraktliche Grundsätze veranlaßte, auch die gleiche Behandlung der Haftung wegen betrüglicher Vorspiegelung rechtfertigt. Diese Frage ist zu verneinen. Denn es ist zu beachten, daß zwar arglistiges Verschweigen und betrügliche Vorspiegelung sich insoweit gleichen, als sie sich beide als unerlaubte Handlung, beide als arglistige Täuschung beim Vertragschluß charakterisieren, daß sie doch aber andererseits auch Verschiedenheiten voneinander aufweisen: durch betrügerische Vorspiegelung wird

---

[161]) Bd. 2 S. 229.

[162]) Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 S. 244 § 90 XIII; ähnlich Schollmeyer a. a. O. S. 93.

ein Irrtum über einen besonderen, ausdrücklich hervorgehobenen, über die normale Beschaffenheit der Sache hinausgehenden Vorzug, der nicht ohne weiteres erwartet werden konnte, erregt; arglistiges Verschweigen dagegen täuscht über eine Eigenschaft der Sache, die ihr normalerweise eigen ist und deren Vorhandensein man verkehrsüblich ohne besondere Hervorhebung erwartet.

Stimmen sonach betrügliche Vorspiegelung und arglistiges Verschweigen als Haftungsgründe aus unerlaubter Handlung in gewisser Hinsicht überein, unterscheiden sie sich aber in anderer, so wird man eine Folgerung, die vom Gesetzgeber aus dem einen Haftungsgrund gezogen ist, nur dann auch aus dem andern ziehen dürfen, wenn der Grund für diese Folgerung lediglich in Eigentümlichkeiten liegt, die beiden unerlaubten Handlungen gemeinsam sind, nicht aber dann, wenn er auch in solchen liegt, in denen sie sich unterscheiden.

Findet man nun den Grund für die Bestimmung des § 463 Satz 2 in der Absicht, den Betrüger zu bestrafen, wie Mommsen das für die entsprechende Bestimmung des römischen Rechtes tut (s. oben S. 26), oder mit anderen Worten, hält man die in Frage stehende Bestimmung für das „Reagieren des ethischen Elements im Recht"[163]) gegen den dolus malus, so würde das allerdings ein Grund sein, welcher auf Eigentümlichkeiten des arglistigen Verschweigens beruht, die mit solchen der betrüglichen Vorspiegelung übereinstimmen.

Auf diesem Standpunkt steht Landsberg,[164]) wenn er der Ansicht Ausdruck gibt, daß das arglistige Verschweigen als das Minus, andere Fälle des Betruges als das Plus anzusehen seien. Er fährt fort:

> „Es ist doch undenkbar, daß das Gesetz für den Fall schweren unmoralischen Verhaltens versagen sollte, was es für den leichten zusagt; es werden also alle solche Gesetzesbestimmungen, die vom arglistigen Verschweigen reden, auch auf etwaige Betrügereien auszudehnen sein".

Wesensgleichheit zwischen betrüglicher Vorspiegelung und arglistigem Verschweigen nimmt Modestus Lipsiensis[165]) an, und für das Reichsgericht ergibt sich der gleiche Standpunkt aus dem Urteil Bd. 63 S. 113:

> „Daß der Gesetzgeber für die arglistige Täuschung durch positive Vorspiegelungen etwas anderes (wie für die durch arglistiges Verschweigen) gewollt hätte, kann ihm nicht zugemutet werden".

---

[163]) s. oben S. 27.
[164]) Das Recht des BGB. Bd. 1 S. 433 § 128 Anm. 2.
[165]) Recht 1908 S. 503, 739, 740.

Die ganze Begründung des § 463 Satz 2 aus dem Gedanken, daß die Bestrafung des Betrügers sein letztes Ziel sei, ist aber für das heutige Recht abzulehnen. Für die entsprechende Bestimmung des römischen Rechtes mag sie maßgebend gewesen sein (vgl. oben S. 26, 27). Heute aber kann die Bestrafung unmoralischen Verhaltens nicht mehr als Aufgabe des Zivilrechts anerkannt werden.

Interessant ist hier der von Ihering für das Zivilrecht aufgestellte Satz[166]:

> „Wenn die Idee des Rechtes wächst, sterben die Strafen ab, der Aufwand von Strafmitteln steht im umgekehrten Verhältnis zu der Vollkommenheit der Rechtsordnung",

ein Satz, der für die Entwicklung des Zivilrechts, wie sie tatsächlich verlaufen ist, wohl nicht bestritten werden kann, wenn auch Ihering selbst später der Wiederaufnahme des Strafprinzips ins Zivilrecht das Wort geredet hat.[167]

Wenn also das Recht in § 463 Satz 2 in außerordentlicher Weise gegen arglistiges Verschweigen reagiert, indem es dem Verschweigenden eine Haftung auferlegt, die aus den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz nicht folgt, so wird hierfür in letzter Linie ein andrer Grund maßgebend sein wie das unmoralische Verhalten des Verkäufers.

Die Motive geben ausdrücklich einen bestimmten Grund an[168]:

> „Das dem geltenden Recht augenscheinlich zugrunde liegende Bedürfnis, den unredlichen Veräußerer in dem in Frage stehenden Falle wegen dessen hervorragender Wichtigkeit im Interesse tunlichster Sicherung des Verkehrs mit empfindlichen Nachteilen zu bedrohen, verdient volle Beachtung".

Es wird allerdings auch hier von Bedrohung des Betrügers mit Nachteilen gesprochen; man scheint also an eine Abschreckung gedacht zu haben, und insofern spielen auch hier strafrechtliche Gedanken mit; aber das Wesentliche ist, daß die außerordentliche Haftung nur deswegen eintreten soll, weil bei dem in Frage stehenden Fall eine besondere Maßnahme zur Sicherung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs als erforderlich erscheint, also nicht, weil das arglistige Verschweigen besonders unmoralisch ist, sondern weil es für die Verkehrssicherheit besonders gefährlich ist. Der Grundgedanke ist also der:

---

166) Ihering, Das Schuldmoment im röm. PrivR., in Vermischten Schriften Bd. 4 S. 229.

167) Nachtrag a. a. O. S. 239.

168) Bd. 2 S. 229.

Der Käufer, der sich gerade gegen den arglistig verschweigenden Verkäufer besonders schwer schützen kann, der soll sich darauf verlassen können nicht nur, daß ihm durch solch arglistiges Verschweigen kein Schaden entstehe — dazu würde der gewöhnliche Schadensersatzanspruch ausreichen —, er soll sich darauf verlassen können, daß er das Geschäft wirklich so günstig, wie es ihm erscheint, abschließe.[169])

Nun ist freilich zuzugeben, daß auch die betrügliche Vorspiegelung gefährlich ist, daß es auch hier dem Käufer schwer sein kann, sich zu schützen. Es ist aber hier auf folgendes hinzuweisen:

Die Bestimmung des § 463 Satz 2 enthält, wie oben (S. 55 bis 61) dargelegt wurde, eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen. Sie ist „contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum".[170]) Solche singuläre Bestimmungen dürfen im allgemeinen nicht im Wege der Analogie ausgedehnt werden: „nec ad exempla trahuntur";[171]) „quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias".[172])

Bei solchen Bestimmungen liegt stets das argumentum e contrario näher als die Analogie. Man wird also eine analoge Ausdehnung nur mit größter Vorsicht, d. h. nur dann vornehmen können, wenn wirklich ganz dieselben Gründe für die zu gewinnende wie für die gegebene Bestimmung sprechen.

Demnach kann es hier nicht darauf ankommen, ob die betrügliche Vorspiegelung für den Verkehr überhaupt gefährlich ist — das wäre ohne weiteres zuzugeben —, sondern lediglich darauf, ob sie in ganz der gleichen Weise gefährlich ist wie die Täuschung durch arglistiges Verschweigen.

Ist das nicht der Fall, so wird man annehmen müssen: gerade wegen ihrer geringeren Gefährlichkeit will sie das Gesetz nicht unter die außerordentliche Haftung, wie sie nach § 463 Satz 2 begründet ist, stellen; denn sonst würde es das ausdrücklich bestimmen.

---

[169]) Es mag darauf hingewiesen werden, daß die Fälle, in denen sonst ein Lügner an seiner Erklärung festgehalten wird, wie wenn er die entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben hätte, gleichfalls solche sind, die für den Verkehr sehr gefährlich wirken. So namentlich § 179 (vgl. Werner im Recht 1905 S. 304) und etwa noch § 116 (vgl. über Mentalreservation Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 29).

[170]) l. 16 D. I, 3.

[171]) l. 1 § 2 D. I, 3.

[172]) l. 14 D. I, 3.

Ist nun die Täuschung durch betrügliche Vorspiegelung für die Verkehrssicherheit ganz ebenso gefährlich wie die durch arglistiges Verschweigen?

Für die Beantwortung dieser Frage ist ein Rückblick auf die Entwicklung des alten römischen Rechts von Interesse. Es ist oben (S. 7) dargelegt worden, daß der dolus in contrahendo zuerst bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers berücksichtigt wurde (vgl. Cicero, De officiis III § 65), daß man erst später — bei Gewährung der actio doli — dazu gekommen ist, auch den durch arglistige Vorspiegelung begangenen dolus rechtlich zu fassen (vgl. Cicero, De officiis III §§ 58 ff., insbes. § 60). Offenbar machte sich also zuerst das Bedürfnis geltend, sich gegen den arglistig verschweigenden Verkäufer zu schützen. Es ist das vielleicht ein Zeichen dafür, daß Täuschung durch arglistiges Verschweigen für die Verkehrssicherheit gefährlicher ist als die durch betrügliche Vorspiegelung.

Man vergleiche das bei Cicero erzählte Beispiel — ein Haus, dessen Abbruch die Auguren aus religiösen Gründen bestimmt haben, wird von dem Eigentümer, der von dem Beschluß der Auguren Kenntnis hat, einem nichtsahnenden Dritten kurz vor dem Abbruch verkauft — mit einem Falle betrüglicher Vorspiegelung, z. B. der Verkäufer hat dem Käufer arglistig vorgespiegelt, das Kaufgrundstück sei ein Bauplatz. Bei dieser Gegenüberstellung tritt recht deutlich hervor, worin die besondere Gefährlichkeit des arglistigen Verschweigens besteht

Bei der betrüglichen Vorspiegelung handelt es sich um eine besondere, nicht ohne weiteres vorauszusetzende Eigenschaft. Es wird ausdrücklich auf einen bestimmten Vorzug hingewiesen, auf einen solchen aufmerksam gemacht. Legt der Käufer auf diese Eigenschaft besonderen Wert, so liegt es für ihn nahe, sie sich vertragsmäßig zusichern zu lassen und den Verkäufer „beim Worte zu nehmen". Dann haftet der Verkäufer nach § 463 Satz 1 ohne weiteres auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Unterläßt es der Käufer, auf vertragsmäßige Zusicherung zu dringen, so soll er zwar durch den Betrug keinen Schaden haben, er hat also den Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung; daß er aber aus dem Geschäft nicht den Vorteil hat, den er zu haben glaubte, das hat er sich selbst zuzuschreiben. Man beachte, daß der Käufer, der es unterläßt, auf vertragsmäßige Zusicherung zu dringen, dazu durchaus nicht immer durch Vertrauensseligkeit, durch Nachlässigkeit bestimmt zu sein braucht, es können dabei recht unlautere Motive mitspielen: vielleicht will der Käufer dem Verkäufer nur nicht zeigen, daß er auf den betreffenden Vorzug besonderen Wert legt; er will es vielleicht vermeiden, den Verkäufer durch das

Verlangen vertragsmäßiger Zusicherung des Vorzugs auf dessen Wert besonders hinzuweisen, weil er fürchtet, dadurch den Verkäufer darauf aufmerksam zu machen, daß er im Begriff stehe, einen sehr unvorteilhaften Verkauf abzuschließen. Jedenfalls ist so viel sicher, daß bei arglistiger Vorspiegelung eines Vorzugs gerade auf die in Frage stehende Eigenschaft besonders aufmerksam gemacht wird, der Käufer sich also ohne Schwierigkeit durch das Verlangen vertragsmäßiger Zusicherung den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung sichern kann.

Ganz anders liegt die Sache, wenn ein Fehler arglistig verschwiegen wird. Hier kann sich der Käufer nicht in gleich leichter Weise schützen. Es ist ganz ausgeschlossen, daß er sich die Abwesenheit aller nur denkbaren Fehler einzeln zusichern läßt. Beim Hauskauf wird ein vorsichtiger Käufer sich wohl die Abwesenheit von Schwamm und anderen häufig vorkommenden Fehlern zusichern lassen; aber er wird — um auf das Beispiel bei Cicero zurückzukommen — nicht daran denken, sich zusichern zu lassen, daß das Haus nicht in kurzer Zeit aus irgendeinem öffentlichrechtlichen Grunde abgebrochen werden muß. Es lassen sich zahllose mögliche Fehler denken, die der Verkäufer sehr wohl kennen kann, an die aber ein Käufer normalerweise auch nicht im entferntesten denkt. Im allgemeinen wird vielmehr der Käufer stillschweigend erwarten, eine Sache von normaler Beschaffenheit zu erhalten; er wird sich also auch nicht eine allgemeine Zusicherung, daß keine Fehler vorhanden seien, geben lassen. Jedenfalls ist es sicher nicht verkehrsüblich, vom Verkäufer eine Zusicherung der Abwesenheit sämtlicher denkbaren Fehler zu verlangen.

Es dürfte sonach erwiesen sein, daß der Käufer arglistigem Verschweigen des Verkäufers viel hilfloser gegenübersteht als betrüglicher Vorspiegelung, daß also arglistiges Verschweigen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr gefährlicher ist.

Ist nun der Grund für die Bestimmung des § 463 Satz 2 die besondere Gefährlichkeit des arglistigen Verschweigens von Fehlern, ist aber die gleiche Gefährlichkeit für die Täuschung durch betrügliche Vorspiegelung nicht zuzugeben, so ist klar, daß der gleiche Grund, wie der für die Bestimmung des § 463 Satz 2 maßgebende, für eine entsprechende Bestimmung bei Täuschung durch arglistige Vorspiegelung nicht gegeben ist.

Der oben zu 4. angegebene Obersatz des reichsgerichtlichen Schlusses ist sonach unrichtig. Demnach fällt der ganze Schluß. Die analoge Anwendung der Spezialbestimmung des § 463 Satz 2 ist abzulehnen.

Es bleibt also bei den oben (S. 52) aus allgemeinen Grundsätzen gezogenen Folgerungen.

§ 18.

Für die hier bekämpfte Auffassung scheint auf den ersten Blick das Billigkeitsgefühl zu sprechen. Man hat die Empfindung, einem Menschen, der betrügt, geschehe ganz recht, wenn er in außerordentlicher Weise aus seinem Betruge haftet. Es erscheine wünschenswert, den Betrüger möglichst scharf zu fassen.

Hierin liegt aber eine Verkennung des Wesens des Schadensersatzanspruches. Wenn die Strafe verletzt, soll der Schadensersatzanspruch heilen.[173]) Letzterer kann also nur insoweit gegeben sein, als eine Verletzung des Betrogenen vorliegt. Bei Richtigkeit der reichsgerichtlichen Ansicht müßte aber häufig der Fall eintreten, daß ohne Vorliegen eines Schadens ein Schadensersatzanspruch gegeben wäre. Wenn z. B. der Verkäufer eines Gutes arglistige Vorspiegelungen macht, welche 110000 Mk. als Wert des Gutes erscheinen lassen, und dann das Gut für 100000 Mk. verkauft, so würde, wenn der tatsächliche Wert des Gutes 106000 Mk. beträgt, der Käufer einen Gewinn von 6000 Mk. haben. Sollte ihm außerdem ein Schadensersatzanspruch von 4000 Mk. zustehen, wie es der reichsgerichtlichen Ansicht entsprechen würde, so würden diese 4000 Mk. nicht mehr einen erlittenen Schaden ausgleichen, sondern sie würden einen Vermögenswert darstellen, um welchen das Vermögen des Betrogenen auf Kosten des Betrügers bereichert wird.

Der Gedanke, daß der Verletzte aus der ihn verletzenden unerlaubten Handlung Vorteile haben soll, dieser Gedanke hat zwar römischem Rechtsempfinden nicht widersprochen[174]) — die Römer gewährten dem Verletzten Ansprüche auf ein Vielfaches (duplum, quadruplum) des erlittenen Schadens —, moderner Rechtsanschauung erscheint es aber nicht als billig, daß der Verletzte sich auf Kosten des unerlaubt Handelnden bereichere.[175]) Für alle Leistungen, die dem Delinquenten über die Beseitigung des von ihm angerichteten Schadens hinaus auferlegt werden, die also lediglich Strafzwecke

---

[173]) vgl. Binding, Normen Bd. 1 S. 433 ff. § 58, insbesondere S. 452: „Die Ersatzverbindlichkeit ist nicht bestimmt, als Übel für den Ersatzpflichtigen zu wirken".

[174]) vgl. oben Note 63.

[175]) s. aber Otto Fischer, Soll Kauf Pacht und Miete brechen? (Separatabdruck aus den Verhandl. des Deutschen Juristentages von 1880) S. 76, 120. Wenn hier gegen richterliche Schwerfälligkeit bei Abschätzung von Schäden polemisiert wird, so richtet sich das nicht gegen das Prinzip, daß der Beschädigte sich auf Kosten des Beschädigers nicht bereichern darf. Es handelt sich vielmehr darum, daß in der Praxis häufig in Übertreibung dieses Prinzipes der tatsächlich erlittene Schaden vom Richter zu gering bemessen wird.

verfolgen können, erscheint als der Alleinberechtigte der Staat, der seinen Strafanspruch geltend macht.

Mithin kann die Absicht, den Betrüger recht scharf zu fassen, nicht als Grund dafür angeführt werden, dem Getäuschten einen über den gewöhnlichen Schadensersatzanspruch hinausgehenden Anspruch zu gewähren.

An das Billigkeitsgefühl wenden sich auch das Reichsgericht und Modestus Lipsiensis, wenn sie immer wieder betonen, wie unbillig es erscheinen müsse, wenn der Gesetzgeber, der in § 463 Satz 2 dem arglistig Verschweigenden die Haftung auf das Erfüllungsinteresse auferlegt, dem arglistig Vorspiegelnden dieselbe Haftung nicht auferlegen wollte, und daß eine solche Inkonsequenz dem Gesetzgeber „nicht zugemutet werden"[176] dürfe.

Diesem argumentum ad hominem soll ein anderes gegenübergestellt werden:

Es ist oben dargelegt worden, daß ein Betrüger dann, wenn es zwischen ihm und dem Betrogenen nicht zum Vertragschluß gekommen ist, keinesfalls auf das Erfüllungsinteresse hafte (vgl. oben S. 41). Es dürfte das auch unbestritten sein.

Nun vergleiche man die beiden folgenden Fälle:

I. C will sein Grundstück, welches, ohne Bauplatz zu sein, 1500 Mk. wert ist, schnell verkaufen, weil er das Geld anderweitig braucht. Er fordert den Güteragenten A auf, ihm einen Käufer zu besorgen, und verspricht ihm als Lohn den Betrag, den der Käufer mehr zahlen werde als 1500 Mk. A erwähnt im Gespräch mit B, C wolle ein Grundstück von der und der Größe billig verkaufen, und fügt, um den B zum Kaufabschluß und zur Zahlung eines möglichst hohen Preises zu bestimmen, hinzu, das Grundstück sei ein Bauplatz. B bietet hierauf dem C 2000 Mk. Das Geschäft wird zwischen B und C abgeschlossen ohne jede weitere Mitwirkung des A. Wenn das Grundstück ein Bauplatz wäre, würde sein Wert 4000 Mk. betragen.

II. A selbst ist Eigentümer des Grundstücks. Er spiegelt dem B die Bauplatzeigenschaft vor in der Absicht, den B zum Vertragschluß zu bringen. Erst auf diese Vorspiegelung hin tritt B mit A in Vertragsverhandlungen. Eine Zusicherung, das Grundstück sei ein Bauplatz, wird von A nicht gegeben. Wahrer Wert, vorgespiegelter Wert und Preis sind dieselben wie im Beispiel zu I. Das Geschäft kommt zwischen A und B zustande.

---

[176]) Entsch. d. RG. Bd. 63 S. 113.

Im ersten Falle bemißt sich der Schadensersatzanspruch zweifellos auf 500 Mk.

Der Schaden des B ist in beiden Fällen gleich; ebenso ist die unerlaubte Handlung des A in beiden Fällen ihrem Wesen nach genau die gleiche. Es wäre unbillig und inkonsequent, wenn man im zweiten Falle die Haftung anders wie im ersten, wenn man sie auf 2500 Mk. bemessen wollte. Eine solche Haftung würde aber für den zweiten Fall sich aus der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht ergeben.

Daß andererseits die hier vertretene Auffassung gegenüber dem § 463 Satz 2 eine Inkonsequenz enthält, darf nicht auffallen. Wie die Motive ausdrücklich hervorheben,[177] weicht die Bestimmung des § 463 Satz 2 selber von der Konsequenz ab. Mithin muß logischerweise jeder aus allgemeinen Grundsätzen richtig gezogene Schluß, wenn man ihn an § 463 Satz 2 mißt, inkonsequent erscheinen.

Es entspricht völlig der Billigkeit, den beim Vertragschluß durch arglistige Vorspiegelungen täuschenden Verkäufer in der hier dargestellten Weise haften zu lassen. Eine Beurteilung der Frage vom Billigkeitsstandpunkt aus wird allerdings leicht getrübt durch die äußerliche Ähnlichkeit, welche zwischen wissentlich unrichtiger vertragsmäßiger Zusicherung und betrüglicher Vorspiegelung von Eigenschaften besteht: in beiden Fällen belügt der Verkäufer den Käufer über Vorzüge der Sache.

Es kommt hinzu: vom Standpunkte der Moral aus ist die Forderung berechtigt, daß man jedem Worte soll trauen können, mag es in rechtsgeschäftlich bindender oder in nicht rechtsgeschäftlicher Weise gesprochen sein. Die Lüge ist in dem einen Falle so verwerflich wie im anderen.

Für das Recht aber ist es von entscheidender Bedeutung, ob der Lügner rechtsgeschäftlich bindend erklärt hat, für die Richtigkeit seiner Angaben einstehen zu *wollen*, oder ob ihm das Gesetz die Haftung wegen seiner falschen Angaben *gegen seinen Willen* auferlegt.

---

[177]) Bd. 2 S. 229.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 29. März 1886 wurde ich, Johannes Ernst Bruschwitz, zu Friedeberg am Queis geboren. Meine Eltern sind der Generalagent Theodor Bruschwitz und seine Ehefrau Elisabeth geb. Franz. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Ostern 1905 verließ ich mit dem Zeugnis der Reife das Königliche König Wilhelms-Gymnasium in Breslau. Von da ab bis Ostern 1908 studierte ich in Breslau die Rechte und bestand daselbst am 10. Oktober 1908 die erste juristische Staatsprüfung. Mit meiner Vereidigung am 26. Oktober 1908 trat ich als Referendar in den Justizdienst. Ich war zunächst am Königlichen Amtsgericht in Lähn, dann am Königlichen Landgericht Breslau im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Seit dem 1. Oktober 1909 genüge ich meiner Militärpflicht beim 1. Bataillon des Fußartillerieregiments von Hindersin (Pommersches) Nr. 2 in Swinemünde.